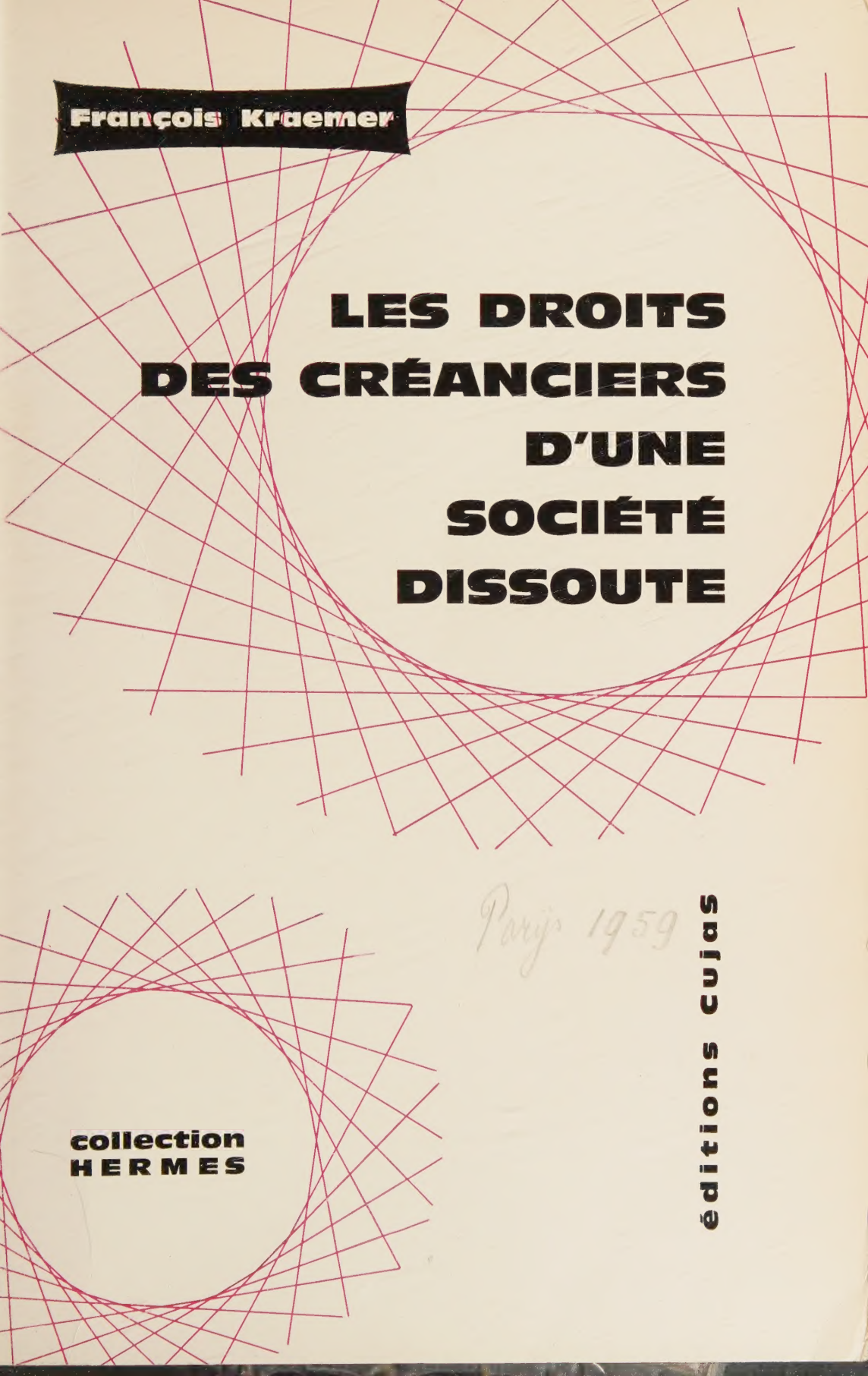




François Kraemer

**LES DROITS
DES CRÉANCIERS
D'UNE
SOCIÉTÉ
DISSOUTE**

Paris 1959

**collection
HERMES**

éditions cujas



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548805_0015

**LES DROITS DES CRÉANCIERS
D'UNE SOCIÉTÉ DISSOUTE**

Frang

D
Diplomé d'Études Su

LES DROITS D D'UNE SOC

ÉDIT

1

AEMER

Droit
e Sciences Economiques

CRÉANCIERS É DISSOUTE

CUJAS

ujas
S



CET OUVRAGE A ÉTÉ PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS
DU MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION NATIONALE

A la mémoire du Professeur Jean ESCARRA

*qui guida nos premiers pas à travers le
droit commercial.*

Nous prions M. le Professeur Léon MAZEAUD

*de bien vouloir trouver ici l'expression de
tous nos remerciements pour les précieux
conseils qu'il nous a prodigués au cours de
l'élaboration de cet ouvrage.*

INTRODUCTION

A. 1. — Parmi tous les problèmes que suscitent les personnes morales il en est peu qui aient été moins étudiés que ceux qui surgissent à leur dissolution. Alors que la constitution et la vie active des sociétés ont été l'objet des soins attentifs du législateur et de la doctrine, la matière de la liquidation a été elle au contraire très négligée.

Ignorée par la grande ordonnance sur le commerce de 1673, elle n'a pas eu beaucoup plus de succès auprès des rédacteurs du Code de commerce et de leurs successeurs. La courte prescription de l'article 64 (1) au profit des associés et les textes du décret-loi du 14 juin 1938, instituant un mode spécial de liquidation pour les sociétés d'assurances et de capitalisation, sont encore à ce jour les seules sources législatives.

A. 2. — Délaisée par le législateur, on aurait pu penser que la doctrine au moins lui accorderait une place de choix dans ses travaux. Il n'en a rien été. Au lendemain de la promulgation du Code de commerce des auteurs comme le doyen Delvincourt (2), ou des praticiens comme Dagneuville (3), ont cru pouvoir publier leurs ouvrages en les limitant aux causes de dissolution et au partage. Depuis quelques progrès ont été accomplis et de nos jours tous les grands traités et même les manuels en usage dans les facultés comportent des développements sur les problèmes de la liquidation. Mais la place ainsi conquise n'est que celle du pauvre, les quelques paragraphes qui concernent la matière, n'en donnent jamais qu'une vue rapide et sommaire. Certains chercheurs qui lui ont consacré

(1) Devenu l'article 46 du Code de commerce depuis le décret 55653, du 20 mai 1955 (art. 6).

(2) *Institutes du Droit commercial français*, 2 vol. 1810.

(3) *Code de commerce expliqué par la Jurisprudence* ; 4 vol. , 1828, Paris.

leurs efforts ont par contre abouti à des résultats satisfaisants, mais leur travaux, pour la plupart très anciens, sont aujourd'hui en partie périmés. C'est notamment le cas d'un certain nombre de thèses qui, rédigées à un moment où la jurisprudence était encore en pleine évolution, ne font que de décrire un état du droit positif qui est maintenant bien dépassé (4). Le manuel de Dolbeau, plus récent, échappe à ce grief (5), mais conçu par un praticien et pour des praticiens il tend surtout à donner un simple exposé des solutions jurisprudentielles et il s'intéresse assez peu aux questions d'ordre doctrinal. Plus près de nous encore, il faut citer un important article de M. le Professeur Bastian au *Journal des sociétés* de l'année 1937 (6), qui bien que restreint au problème de la survie de la personnalité morale des sociétés dissoutes, constitue une très sérieuse étude de la liquidation.

Ces diverses lacunes sont d'autant plus fâcheuses qu'il s'agit là d'un des domaines les plus complexes du droit des sociétés, qu'il est pour cette raison délicat de laisser en dehors de la loi et sans support doctrinal. C'est pourquoi à différentes reprises des personnalités éminentes ont tenté, mais en vain, d'attirer l'attention du législateur par l'élaboration de plusieurs textes de loi. Ce fut en 1922 le projet d'une commission spéciale de la société d'études législatives, présidée par M. le Professeur Hémard ; ce sont aujourd'hui les travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés. On en verra l'économie au cours de cette étude.

A. 3. — Laissée sans guide sûr, la jurisprudence a été cependant obligée de résoudre les litiges que la pratique lui présentait. Son effort a été considérable, surtout à la fin du xix^e siècle et au début du xx^e siècle. Libérée par l'absence de texte du carcan que lui ont imposé en d'autres matières les canons de l'école exégétique, elle a réussi à formuler ses propres conceptions et ce faisant elle a abouti à des résultats qui sont assez satisfaisants.

Mais il en est ici comme en maints autres domaines, la jurisprudence ne peut pas tout ; il lui faut un soutien doctrinal qui discute les solutions reçues et en fasse la nécessaire sélection pour les inclure dans une construction logique et systématisée. Or les ouvrages précédemment cités se sont souvent

(4) Thèses Paris : LÉVY, 1882 ; MONTÉGU, 1894 ; BOURGUET, 1900 ; ROY, 1906. La thèse de M. TALANDIER est plus récente (Paris, 1949), mais elle est entièrement consacrée au problème particulier de la responsabilité civile et pénale du liquidateur.

(5) *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 1^{re} éd., Paris, 1915.

(6) *Journal des Sociétés*, 1937, p. 1 à 70.

contentés d'examiner des questions de détail ou par trop disparates pour qu'une vue générale de la matière s'en dégage.

B. — Il convient en effet de remarquer que le sujet de la liquidation est en entier dominé par ce fait qu'il s'agit essentiellement de la dévolution d'un patrimoine qui faute de successeurs à l'être social pour le recueillir, est condamné à disparaître plus ou moins rapidement. C'est cette considération qui lui donne son unité et qui doit guider son étude.

Aussi les problèmes qu'il importe de résoudre sont avant tout ceux que posent les droits des diverses catégories de personnes qui peuvent prétendre avoir une vocation à appréhender l'actif de la société dissoute, c'est-à-dire ceux qui surgissent à propos des droits des créanciers sociaux et des associés. Tout autre plan de travail risque de conduire à des conclusions vagues et fragmentaires. Le rôle et les pouvoirs du liquidateur, que l'on s'est préoccupé souvent de définir, ne présentent en eux-mêmes qu'un intérêt mineur ; ils ne sont dignes d'attention que dans la mesure où ils sont susceptibles d'avoir une influence sur la condition des créanciers sociaux et des associés.

A ce point de vue certains s'étonneront peut être qu'il ne soit fait ici qu'une étude des droits des créanciers sociaux. Le titre adopté a pourtant sa raison d'être. La matière est tellement vaste qu'il est difficile de l'enfermer dans un seul ouvrage. D'ailleurs cette limitation n'est pas aussi totale qu'on pourrait le croire, les droits des créanciers sociaux sont assez souvent les obligations des associés, et en examinant la situation des uns on sera presque inévitablement amené à traiter plus ou moins de celle des autres. Le plan utilisé ne conduit à écarter que des questions très secondaires, telles que les conditions techniques de la nomination du liquidateur (7), ou qui ne sont que des applications du droit commun, comme les recours entre associés. La généralité des conclusions n'y perdra donc pas pour autant.

C. — Dans ce dessein l'ouvrage débutera par une première partie consacrée à la détermination de la condition juridique de la société dissoute. Cet important problème que l'on a parfois le tort de résoudre par l'emploi de quelques formules passe-partout, mérite mieux qu'un exposé sommaire, car, directement ou indirectement, il commande un grand nombre de questions qui intéressent à la fois associés et créanciers.

(7) Type d'assemblée, quorum, etc.

Disposant ainsi de bases solides, l'on pourra examiner quels sont les droits des créanciers sociaux à l'encontre de la société et surtout comment ils vont pouvoir les faire valoir.

Après cette deuxième partie, on abordera alors l'étude du recours que les créanciers qui ont échoué contre la société, peuvent exercer sur le patrimoine personnel des associés ou du liquidateur qui a administré la société après sa dissolution.

Afin de dégager les éléments d'une comparaison et pour mieux comprendre les besoins d'une réforme future, on s'efforcera de donner au cours des pages qui vont suivre, un aperçu des législations étrangères les plus perfectionnées, telles que celles de l'Allemagne, de l'Angleterre, de la Belgique ou du Japon, dont les conceptions et la technique, que l'on pourrait presque qualifier de luxueuses, manifestent un haut degré de civilisation juridique.

PREMIÈRE PARTIE

**De la condition juridique
d'une société dissoute**

I. — Lorsqu'une société se trouve dissoute sa condition juridique peut faire de deux appréciations différentes entre lesquelles il semble au premier abord possible d'hésiter. Dans une première hypothèse il est tentant de considérer la société comme complètement disparue en tant que personne morale. Cela correspond bien en effet à l'étymologie du mot dissolution dérivé du latin *dissolvere*, décomposer, résoudre. Elle est alors remplacée par une indivision entre les associés qui deviennent copropriétaires de son actif. Dans une autre conception on peut au contraire envisager que la dissolution, malgré l'image qu'elle évoque, ne met pas immédiatement fin à la vie de l'être juridique qui constitue la société. Celle-ci entre certes dans la phase terminale de son existence, mais en attendant cette extinction définitive reportée à plus tard, elle subsiste, elle demeure une personne morale, et de ce fait elle garde la propriété de son patrimoine sur lequel les associés n'ont que des droits éventuels.

II. — Avant de faire un choix entre ces deux solutions la jurisprudence et les auteurs qui se sont penchés sur le problème, ont assez longuement tergiversé. Il s'agit en effet d'une question très délicate et on ne peut prendre parti sans un examen sérieux des conséquences que comportent la disparition et le maintien de la personnalité morale de la société.

Si l'on opte pour la prolongation de la personnalité morale le problème ne s'arrête d'ailleurs pas là. Il est encore nécessaire d'élucider un certain nombre de points, car il ne suffit pas de dire que cette prolongation est avantageuse pour telle ou telle raison, il faut en outre la justifier sur le plan de la logique juridique et déterminer les hypothèses dans lesquelles elle se produit. De plus pour être complet, on doit aussi donner quelques explications sur l'importance de la personnalité morale ainsi reconnue à la société dissoute et essayer de dégager les conditions auxquelles elle est liée.

III. — C'est pourquoi dans un premier titre on s'attachera tout d'abord à décrire les conséquences respectives des deux solutions présentées et l'évolution au bout de laquelle la jurisprudence et la doctrine ont fini par rejeter le système de l'indivision en consacrant comme un principe, le maintien de la personnalité morale des sociétés dissoutes. Après cela on donnera quelques éclaircissements sur la nature de cette survie de la personnalité morale en étudiant les principales théories qui ont tenté de déterminer les procédés juridiques par lesquels il est possible de l'admettre. Il ne restera plus alors qu'à délimiter son domaine d'application.

Puis dans un deuxième titre on définira l'importance exacte de cette survie. Il est en effet indispensable de rechercher si la personnalité morale de la société en liquidation est aussi étendue que dans la période antérieure à sa dissolution, ou si au contraire elle doit être plus restreinte. Enfin il sera nécessaire de dégager les conditions auxquelles elle se trouve soumise.

Titre I

De la reconnaissance d'une personnalité morale aux sociétés dissoutes

CHAPITRE PREMIER

NECESSITE D'UN MAINTIEN DE LA PERSONNALITE MORALE ELABORATION DU PRINCIPE DE SURVIE

Section I

De la nécessité d'un maintien de la personnalité morale

1. — La condition juridique d'une société dissoute pouvant être envisagée de deux façons différentes selon que l'on accepte ou que l'on rejette le maintien de sa personnalité morale, il importe d'opérer un choix. Celui-ci revêt une très grande importance, car les conséquences de l'une et l'autre de ces deux solutions, société personne juridique ou simple état d'indivision, ne sont absolument pas comparables. Elles affectent d'une manière inégale les intérêts des associés et surtout des créanciers sociaux.

2. — La première conception, la disparition de la société en tant qu'être juridique et son remplacement par un état d'indivision, est pleine de dangers. Source de complications et de tracasseries divers pour les associés, elle risque d'entraîner une spoliation des droits des créanciers sociaux.

Pour les associés, déjà, elle aboutit à des résultats assez peu favorables. Elle les rend susceptibles de poursuites personnelles et elle entrave la liquidation.

Les créanciers sociaux n'ayant pas en effet la possibilité de s'adresser à la société puisque celle-ci n'existe plus, n'ont d'autre moyen pour obtenir le paiement de leurs créances que d'agir directement contre les associés. Cet inconvénient qui n'est jamais négligeable, peut dans certains cas faire naître de réels ennuis, car si des associés en nom sont généralement au courant des affaires de la société et par suite de la valeur qu'il faut attacher aux prétentions des créanciers poursuivants, il en est autrement pour les membres d'une société par actions ou même d'une société à responsabilité limitée qui bien souvent ignorent à peu près tout des activités sociales. Peu informés, et sans une vision sûre ni très claire des arguments à utiliser, ils ne pourront opposer qu'une défense précaire à leurs adversaires.

Ces poursuites personnelles ne sont d'ailleurs pas les seules conséquences critiquables de l'adoption de l'indivision. Celle-ci rend en outre la liquidation fort malaisée. Elle complique la réalisation de l'actif social et elle conduit à faire imposer plus lourdement les cessions de droits sociaux.

La société étant disparue, ce n'est plus elle qui est réputée vendre les éléments de son patrimoine, mais au contraire les associés qui en sont maintenant copropriétaires. De même il ne peut plus être question pour ceux-ci de céder des droits sociaux puisqu'il n'y a plus d'être social. La vente ne peut viser que les biens qui sont ou seront compris dans leurs lots. Dès lors des difficultés vont surgir. Si parmi ces associés se trouvent des mineurs, et cela est plausible, notamment dans le cas d'une dissolution par décès, la réalisation des biens qu'ils voudront convertir en deniers devra respecter toutes les formalités prescrites par la loi pour la vente des biens des mineurs. Ces formalités qui sont longues et coûteuses, n'amélioreront certainement pas la marche de la liquidation. Quant à la cession de droits sociaux, elle sera assez sévèrement imposée. La vente ne portant pas sur des parts sociales mais sur les biens eux-mêmes, le droit perçu par l'administration de l'enregistrement ne sera pas le droit réduit mais le droit de mutation propre aux éléments d'actif aliénés et qui dans le cas des immeubles est beaucoup plus élevé.

3. — L'état d'indivision est donc loin d'être un avantage pour les associés. Cependant les inconvénients qu'ils peuvent avoir à supporter, sont encore peu de chose à côté des dangers auxquels sont exposés les créanciers sociaux, car ceux-ci risquent de se trouver dans l'impossibilité pratique de faire valoir leurs droits.

L'obligation d'agir contre les associés personnellement que leur impose la disparition de la société, engendre très souvent une division de leurs recours.

Lorsque la société dissoute est une société de personnes, société en nom collectif ou en commandite simple, cette division n'est ni inéluctable, ni très accentuée. Les débiteurs poursuivis sont en effet dans ce cas des associés dont l'engagement est non seulement solidaire mais encore et surtout indéfini. En agissant contre un ou deux associés les créanciers sociaux ont toutes les chances de pouvoir se faire désintéresser quelle que soit l'importance de leurs créances. Par contre dans le cas d'une société par actions ou à responsabilité limitée, la réussite de leurs recours est beaucoup plus douteuse. L'engagement des associés n'étant plus ici indéfini mais restreint à un certain montant, l'action des créanciers sociaux sera elle aussi limitée aux bornes de cette responsabilité. Le remboursement total de leurs créances impliquera obligatoirement plusieurs recours, et si elles sont d'une valeur importante il faudra agir contre de multiples associés. Les longueurs et les frais qu'entraîne une pareille division, ôtent alors tout intérêt à l'action des créanciers sociaux. Bien que titulaires d'un droit de créance parfaitement valable, ceux-ci ne pourront pas en pratique le faire valoir.

Cette division n'est malheureusement pas la seule conséquence regrettable de ce système. Il ne suffit pas d'obtenir la condamnation du débiteur, il faut aussi pouvoir la faire exécuter ; or là encore les associés auront la possibilité de se soustraire à leurs obligations. Etant copropriétaires des biens de l'ancienne société, rien ne va les empêcher en effet de les grever de droits réels au profit de tiers complices, et lorsque les créanciers sociaux se présenteront pour opérer une saisie, ils se verront primés par des créanciers privilégiés munis d'une hypothèque ou d'un nantissement. D'ailleurs sans aller jusqu'à cette hypothèse d'une constitution malveillante et frauduleuse de droits réels par les associés eux-mêmes, il y aura toujours le danger résultant des hypothèques légales de leurs épouses ou des mineurs dont ils ont la tutelle.

Enfin il faut noter aussi que la disparition de la société et l'appropriation de l'actif social par les associés, implique encore pour les créanciers sociaux la perte de leur droit de préférence. Par conséquent même en l'absence d'une constitution de droits réels, ils ne sont pas certains de pouvoir être payés, car ils vont se heurter au concours des créanciers personnels des associés.

4. — La substitution d'un état d'indivision à la société, être juridique, présente donc des inconvénients considérables. Au contraire le système du maintien de la personnalité morale les fait pour la plupart disparaître.

La société subsistant avec sa personnalité morale, c'est elle, et elle seule, que les créanciers sociaux devront assigner. Il n'y aura pas de division des recours et les associés ne seront pas exposés à des poursuites personnelles. De même la réalisation du patrimoine social se fera sans difficulté, car la société conservant la propriété de ses biens, c'est elle qui en fera la vente. Il importera peu qu'il y ait parmi les associés des mineurs puisqu'ils ne participent pas à cette aliénation. Pour les mêmes raisons la cession de droits sociaux sera elle aussi facilitée. Portant non pas sur les éléments d'actif qui reviennent aux associés mais sur de véritables parts sociales, elle sera par suite imposée au droit réduit. Quant aux dangers résultant d'une constitution de droits réels ou du concours des créanciers personnels des associés, ils ne pourront pas se présenter. Les hypothèques qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires demeureront inefficaces comme constituées sur la chose d'autrui, et les saisies opérées par des créanciers personnels seront nulles puisque faites sur le patrimoine d'une personne qui n'était pas leur débitrice.

5. — Entre les deux solutions, maintien ou rejet de la personnalité morale de la société en liquidation, la possibilité d'un choix n'est donc qu'apparente. Le système de l'indivision est inacceptable, car outre les complications qu'il suscite, il conduit presque nécessairement à frustrer les créanciers sociaux de leurs droits. Ce faisant il aboutirait à faire retirer tout crédit aux entreprises à forme sociale et particulièrement aux sociétés par actions, ce qui serait très grave puisque ce type de société est celui qui convient le mieux aux structures économiques du monde moderne. C'est d'ailleurs pourquoi des auteurs qui ont été les partisans d'une disparition complète de l'être social dès sa dissolution, tels que Delangle (1) et Pardessus (2) en France, Mancini (3) ou Manfredi (4) en Italie, n'ont pas osé aller jusqu'au bout de leurs conceptions, et se sont au contraire efforcés d'inventer des règles spéciales de liquidation qui pallient les inconvénients soulignés ci-dessus. Tout en reniant la prolongation de la personnalité morale, ils

N° 5. (1) *De la société de commerce*, n° 681 à 687, 1843.

(2) *Cours de Droit commercial*, 2^e éd., 1821, n° 1084.

(3) *Relazione al Senato*, § 388.

(4) *Società anonima cooperativa*, p. 190.

ont été obligés d'en conserver les principaux avantages. C'est là une preuve de plus, si besoin était, de la nécessité qu'il y a de rejeter cette indésirable solution en maintenant, comme l'a fait la jurisprudence, la personnalité morale des sociétés dissoutes.

6. — Si ce dernier système doit seul être retenu, il importe cependant pour la suite de cette étude de noter que les intérêts des associés et des créanciers sociaux à cette prolongation de la personnalité morale ne sont pas exactement les mêmes. Pour concordants qu'ils sont, ils n'en présentent pas moins certains traits différents.

Il y a lieu en effet de remarquer que de ces deux groupes d'intérêts, celui qui commande avec le plus de vigueur le rejet de l'état d'indivision, est assurément celui des créanciers sociaux. La disparition de la personnalité morale n'entraîne pour les associés que quelques complications et dans la pire des hypothèses une augmentation des sommes perçues par l'administration de l'enregistrement, alors que pour les créanciers sociaux il s'agit de l'impossibilité presque certaine d'obtenir le paiement de leurs créances. A côté d'un tel danger les inconvénients subis par les associés paraissent mineurs.

Par ailleurs il faut encore observer que l'avantage que présente pour les associés le maintien de la personnalité morale n'est que temporaire. La survie de la société à sa dissolution leur évite certes des poursuites personnelles, mais elle retarde d'autant le moment où ils pourront appréhender son patrimoine. Sous peine de les frustrer eux aussi de leurs droits, on ne peut reculer indéfiniment ce partage des biens et des bénéfices qui a été la cause de leur engagement dans la société. Pour les créanciers sociaux au contraire cet avantage est presque permanent, car tant qu'ils ne seront pas désintéressés, il demeurera nécessaire de faciliter leurs recours et d'assurer la sécurité de leur gage.

Section II

Elaboration du principe de survie

7. — Bien que ce principe soit, comme on vient de le voir, absolument nécessaire à la sauvegarde des droits des créanciers sociaux et à la commodité des associés, il n'est apparu qu'assez tard, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Son origine remonte tout au plus à la première moitié du siècle dernier.

§ 1. *Absence d'un principe équivalent dans le droit romain et l'ancien droit*

8. — Le droit romain n'en contient aucune trace, et cela n'est guère étonnant puisque la notion même de la personnalité morale n'y a reçu qu'un développement très limité. Elle n'a été adoptée que pour les collectivités de droit public, colonies et municipes, et certains groupements parapublics, tels que les sociétés de publicains, ou qui touchent à la religion comme les *collegia*, ces sociétés créées pour la célébration des cultes et l'érection de monuments funéraires. La société de droit privé à but lucratif est restée en dehors de ces rares hypothèses et tout au long de l'évolution du droit romain elle est demeurée entièrement dépourvue de personnalité morale. La nécessité d'une prolongation de celle-ci au cours de la liquidation n'a donc pas pu se faire sentir.

9. — L'ancien droit n'est pas beaucoup plus riche d'enseignements. Les sources législatives les plus importantes comme la grande ordonnance sur le commerce de 1673, ont ignoré les problèmes que suscite la société dissoute, et elles sont par conséquent restées muettes sur sa conditions juridique. Les auteurs et la jurisprudence semblent bien avoir entr'aperçu le principe, mais ceci assez confusément, car ils n'ont pas eu une notion très nette de la personnalité morale elle-même. C'est pourquoi dans les litiges relatifs à la liquidation, celle-ci est souvent confondue avec des questions de signature ou de raison sociale (1), ce qui fait régner une grande obscurité dans les décisions judiciaires. Même chez les spécialistes des choses du commerce on ne trouve que des explications embarrassées. Il semble en effet qu'ils pressentent le besoin d'un maintien de la personnalité morale, mais ils n'arrivent pas à l'exposer clairement. L'un d'entre eux, Savary, fait bien remarquer dans son parère LXXXIX que la société ne peut s'étendre dès sa dissolution, mais s'abstient de tirer une règle générale de ses observations :

« Encore que le temps porté par un acte de société soit fini, la société n'est pas résolue pour cela : car la société est bien finie quant à l'achat des marchandises, mais elle ne l'est pas quant à l'effet, parce que l'effet d'une société ne finit que lors-

N° 9. (1) Voir à ce sujet dans les papiers de la juridiction consulaire de la Seine, conservés aux Archives de la Seine, les arrêts relatifs à la dissolution des sociétés suivantes : Gaudot, Tapret, Dame Descordes, Lartigues du 29 nov. 1751, (3B⁶ 52) ; Deline et Garnot du 14 nov. 1792 (3B⁶ 93) ; Obry et fils, 29 déc. 1792 (3B⁶ 93).

que les affaires ont été liquidées, c'est-à-dire jusqu'à ce que les marchandises en magasins aient été vendues, les dettes actives reçues et les dettes passives payées ; ou jusqu'au compte de société qui a été fait entre les associés » (2).

§ 2. *L'élaboration du principe au cours du XIX^e siècle*

10. — Le Code de commerce ayant négligé à la suite du droit romain et de l'ancien droit de réglementer la matière de la liquidation et de définir la condition juridique de la société dissoute, la jurisprudence et la doctrine sont restées comme auparavant sans guide sûr. Les précédents historiques étant tout à fait insuffisants, le principe de la survie de la personnalité morale était encore à découvrir. La vie commerciale n'en a d'ailleurs pas fait sentir immédiatement le besoin ; les entreprises de l'époque étant constituées le plus souvent sous la forme de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, les créanciers sociaux ne rencontraient pas beaucoup de difficultés dans l'acquittement de leurs créances (1). Quant aux associés ils avaient toujours la possibilité de remédier par des dispositions statutaires à certaines des conséquences de la carence législative, en chargeant par exemple l'un d'entre eux de régler les affaires de la société. Aussi ne faut-il pas être surpris que le principe de survie n'ait été définitivement consacré qu'après la fin de la première moitié du XIX^e siècle, au moment même où la société anonyme a pris son essor.

11. — Jusque là, au contraire, on voit apparaître les systèmes les plus divers, et dans la jurisprudence des décisions contradictoires font régner une assez grande incohérence.

Certains auteurs malgré les remarques de Savary continuent de dénier toute personnalité morale à la société en liquidation. Les uns à la suite de Carré (1) lui appliquent uniquement les règles de l'indivision successorale, les autres comme Pardes-

(2) Cité par H. LÉVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938, p. 226. Voir aussi un texte sur la liquidation des sociétés élaboré par la Chambre de commerce de Lyon in « Observations des tribunaux... sur le projet de Code de commerce », t. II, p. 236.

N^o 10. (1) Voir *supra*, n^o 3.

N^o 11. (1) *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, Paris, chez Warée Oncle, 2 vol., 1825, 1826. T. I, p. 530 (art. 246). Voir aussi : *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des Cours sur le Code de procédure civile*, Rennes, chez Cousin Danelle, 1811, 1812, 2 vol.

sus (2) hésitent à admettre une pareille solution dans toutes ses conséquences et inventent des principes spéciaux qui leur permettent de conserver les avantages d'une prolongation de la personnalité morale. Ces conceptions ne semblent pas avoir eu un grand retentissement, et cela est compréhensible, car l'extinction complète de la personnalité morale est inacceptable, aussi peu admissible que les règles particulières de liquidation découvertes par Pardessus qui ne reposent que sur des arguments sans valeur. Ce dernier n'aura guère de continuateurs qu'en Italie avec Manfredi et Mancini (3).

Un autre système paraît avoir eu au contraire une assez grande vogue. C'est celui qui fait disparaître la personnalité morale à l'égard des tiers et la maintient entre les associés. Son origine exacte est difficile à déceler. Massé, qui le cite dans une note au Sirey de l'année 1840 (4), l'attribue à Carré, mais c'est probablement là une erreur. Carré, ainsi qu'on vient de le souligner, ne voit dans la société dissoute qu'une simple indivision ; et s'il conserve la compétence du tribunal du lieu du siège de la société pour certains litiges entre associés, ce n'est pas par suite d'une prolongation de la personnalité morale à leur profit, mais au contraire, parce qu'il applique ici la règle qui veut qu'en cas de contestations entre héritiers, le tribunal habilité à en connaître soit celui du lieu d'ouverture de la succession (5). Cette compétence ne dérive donc que d'une assimilation abusive de la liquidation de sociétés à la liquidation de successions et non pas d'une survie de la personnalité morale, comme se le sont imaginés bien à tort Massé et plus tard Bourguet (6). Plutôt que le fruit de réflexions doctrinales, il est beaucoup plus certainement l'œuvre de la jurisprudence. On en trouve en effet la trace dans un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 16 novembre 1815 (7) : « Attendu qu'une société est censée exister entre les associés ... tant que la liquidation n'est pas encore faite ... ». Il paraît d'ailleurs assez largement reçu puisque dans un autre arrêt du 19 novembre 1835 (8) celle-ci n'a pas hésité à le reprendre.

Quoiqu'il en soit cette théorie ne représente qu'un médiocre progrès sur les conceptions précédentes, car si elle prolonge la personnalité morale de la société, ce n'est qu'au bénéfice de ceux qui en ont le moins besoin. Les créanciers sociaux ne pro-

(2) Voir *supra*, n° 5, note 2.

(3) Voir *supra*, n° 5, notes 3 et 4.

(4) S., 1840.I.836.

(5) Voir *supra*, n° 11, note 1.

(6) Thèse Paris, 1900, p. 71.

(7) S., Tome 18.I.82.

(8) S., 1836.I.132.

fitent nullement de cette survie restreinte aux seuls litiges entre associés. Cependant malgré cette critique, elle n'en offre pas moins un certain intérêt ; elle montre qu'au début du XIX^e siècle des auteurs et des magistrats commencent à s'apercevoir qu'il y a des cas où il est nécessaire que la société, être juridique, subsiste après sa dissolution. En ce sens elle est l'aïeule du principe de survie, car l'idée une fois lancée il ne va rester qu'à en faire une plus vaste application et à l'admettre aussi bien dans les relations avec les créanciers sociaux que dans les rapports entre associés.

C'est ce que va réaliser Massé dans la note au Sirey déjà citée, où à propos d'un problème de compétence il explique assez longuement la nécessité d'une survie de la société. Malheureusement cet auteur est trop en avance sur son temps, et la solution qu'il préconise est loin de dominer la doctrine et la jurisprudence. Il n'est d'ailleurs pas le seul en ce cas, le système de la Chambre civile, celui de la prolongation restreinte de la personnalité morale, ne gouverne qu'une partie des décisions judiciaires. Beaucoup de juridictions, surtout parmi celles du fond ne l'ont pas reçu. Celles-ci sont très hésitantes, et paraissent répugner à se prononcer définitivement pour une théorie ou pour une autre. Certaines s'appuient bien souvent sur des arguments de circonstances. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Aix en Provence du 13 novembre 1837 (9) déclare que le Tribunal compétent pour connaître des actions dirigées contre une société dissoute est celui du siège social parce que c'est là que sont toutes les pièces et les livres de la société et qu'en « décider autrement reviendrait à soustraire les maisons entrant en liquidation à leurs juges naturels ». Comme on le voit les conseillers provençaux se sont bien gardés d'affirmer que la société subsistant après sa dissolution, elle conservait par là même sa personnalité morale, son siège social et son domicile au lieu duquel elle doit être assignée.

12. — Pendant toute la première moitié du XIX^e siècle il n'y a pas eu de théorie solidement établie. Des auteurs et des magistrats ont certes discerné la nécessité d'un maintien non limité de la personnalité morale de la société, mais ils n'ont pas encore réussi à imposer leur point de vue. Ce n'est qu'après l'année 1850 que l'on commence à voir quelques décisions se fondant nettement sur le principe de survie (1).

(9) S., 1838.II.130.

N^o 12. (1) Paris, 15 févr. 1851, D., 1851.II.62.

Voir aussi Cass. req., 18 août 1840, S., 1840.I.836.

A partir de cette date, toutefois, les progrès vont être rapides, car le 28 mars 1855 (2) la Cour de cassation par la voix de sa Chambre civile le reçoit officiellement sans faire aucune restriction, sans le limiter aux rapports entre associés. Puis le 13 décembre 1861 et le 29 mai 1865, deux arrêts, l'un de la Cour impériale de la Réunion (3) et l'autre de la Chambre des requêtes (4) en soulignent à nouveau l'importance en le reliant à la cause qui l'a fait naître, l'intérêt des créanciers sociaux dont il sauvegarde le droit de préférence et le gage. A la suite de ces arrêts il est accueilli par l'ensemble de la jurisprudence.

En doctrine au contraire le succès lui vient plus lentement. Des auteurs peu nombreux, mais éminents, comme Bravard-Veyrières, Professeur de droit commercial à la Faculté de Paris, et son disciple Demangeat (5), demeurent opposés à toute prolongation de la personnalité morale de la société dissoute. C'est seulement vers la fin du siècle que l'unanimité va être faite avec la publication des grands traités de Lyon-Caen, Renault et Thaller (6). Après cent ans d'incertitudes et d'hésitations le principe de survie est aujourd'hui définitivement établi et on le rencontre aussi bien sous la plume des auteurs (7) que dans les décisions des cours et des tribunaux (8).

(2) S., 1855.I.294.

(3) S., 1863.I.457.

(4) S., 1865.I.325.

(5) *Traité de Droit commercial*, t. I, p. 445, Paris, 1862.

(6) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, 2^e éd., t. II, vol. 1, n° 366.

THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1^{re} éd., 1897, n° 447.

(7) WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, 1922, n° 1163 ; — HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., 1927, t. I, n° 276 ; — HAMONIC, *Cours de droit commercial*, 3^e éd., 1946, n° 284 ; — J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 2^e éd., 1952, n° 655 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, 1^{re} éd., t. I, 1954, n° 486.

(8) Cass. civ., 11 mars 1884, S., 1885.I.447 ; P., 1885.I.1073 ; D., 1884.I.199 ; — 13 janv. 1892, S., 1892.I.100 ; D., 1892.587 ; — Toulon, 5 févr. 1913, *J.S.*, 1915, p. 19 ; — Lyon, 20 mars 1913, *La loi* du 22 octobre 1913 ; — Cass. req., 2 févr. 1925, S., 1925.I.225 ; *Gaz. Pal.*, 1925.I.762 ; — 22 janv. 1930, S., 1930.I.185 ; *Gaz. Pal.*, 1930.I.505 ; — Paris, 17 janv. 1931, S., 1931.II.238 ; — Cass. req., 25 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.700 ; — Paris, 12 mars 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.886 ; — Cass. req., 7 mai 1935, S., 1936.I.289 ; — Paris, 15 juill. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.II.534 ; — 20 oct. 1952, *Gaz. Pal.*, 1953.I.26 ; *R.S.*, 1952, p. 404 ; — Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1953, *Bull. cass.*, 1953.III, n° 44, p. 32 ; — 22 juin 1955, *Bull. cass.*, 1955.III, n° 221, p. 183 ; — 25 janv. 1956, *Bull. cass.*, 1956.III, n° 38, p. 31 ; — Trib. civ. Seine, 4 déc. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958.I.156.

La survie de la personnalité morale est également consacrée par le projet de Réforme du Code de commerce et du Droit des Sociétés. Voir les travaux de la Commission, t. IV, p. 599, art. 7.

CHAPITRE II

JUSTIFICATION DE CE PRINCIPE NATURE JURIDIQUE DE LA SURVIE

13. — Il ne suffit pas de dire qu'une société survit à sa dissolution, il faut encore expliquer par quel procédé juridique sa personnalité morale est maintenue. Alors que les auteurs demeurent partagés entre diverses solutions, la jurisprudence paraît au contraire être dominée par une seule et unique conception.

Section I

Les grands courants de la Doctrine

14. — De nombreuses explications de cette survie ont été données ; beaucoup n'ont eu qu'une vogue éphémère et sont aujourd'hui disparues. De nos jours les discussions doctrinales sont moins animées, mais deux grandes théories divisent encore les auteurs. Avant de les étudier, il importe de fournir quelques détails sur une construction qui, bien que maintenant délaissée, a eu en son temps une assez large audience en France et à l'étranger.

§ 1. *Une explication abandonnée, la théorie de la société de liquidation*

15. — Son auteur, Alauzet (1), a été de ceux qui au ^{xix}^e siècle n'ont pu se résoudre à voir dans la société dissoute un simple état d'indivision ; mais conscient de la difficulté qu'il y a

N° 15. (1) *Commentaire des lois sur les sociétés civiles et commerciales*, 1856, n° 613.

de justifier le maintien de sa personnalité morale, il a préféré la faire disparaître pour lui en substituer une autre au moment même de la dissolution.

Dans son commentaire sur le Code de commerce il remarque qu'il n'y a aucune hésitation à avoir quant à l'anéantissement de la société. C'est pour lui un fait indiscutable, la société, personne juridique, s'éteint avec la décision de dissolution. Cependant, dit-il, cette solution conduit à des conséquences inacceptables, elle aboutit à retirer toute protection aux droits des tiers et particulièrement à ceux des créanciers sociaux. Pour éviter un pareil résultat il invente alors la société de liquidation, société nouvelle, douée de la personnalité morale et qui héritière des droits et obligations de l'ancienne société, s'en distingue par ceci qu'elle doit seulement terminer les affaires en cours et ne pas en entreprendre de nouvelles.

Cette théorie semble au premier abord très séduisante. Elle garde à la société en liquidation une personnalité morale, ce qui écarte les inconvénients de l'indivision, et elle donne une assez bonne explication des limitations qui sont apportées après la dissolution aux activités sociales (2). L'objet de la nouvelle société étant uniquement de mettre un terme aux affaires en cours, on conçoit en effet aisément que celle-ci ne puisse se livrer à des opérations qui constitueraient une continuation de fait de l'être moral disparu.

Pourtant ce système n'est satisfaisant qu'en apparence, car Alauzet s'est abtenu de préciser comment naît cette seconde société. C'est là son point faible. En voulant éviter les difficultés inhérentes à la justification du maintien de la personnalité morale de la société dissoute, son auteur n'en a suscité que d'autres, tout aussi graves et que d'ailleurs il a complètement négligées puisqu'il ne leur consacre aucun développement.

16. — Si l'on veut avoir quelques détails sur cette question, il faut chercher ailleurs et examiner les ouvrages de certains auteurs allemands qui ont été les partisans de la société de liquidation, et spécialement ceux de Behrend et de Francken.

L'explication de Behrend est sommaire et surtout obscure. Pour lui la deuxième société résulte simplement de la déclaration de dissolution. Cela n'éclaircit guère le problème, et la seule interprétation possible paraît être celle qui fait naître la nouvelle société de la volonté des associés. En décidant de mettre fin à l'être moral primitif, les associés conviendraient

(2) Voir *infra*, n° 26, 58, 59 et 73.

en même temps de créer une autre société destinée à liquider la première (1).

Un tel point de vue est inadmissible. Il est en effet nécessaire d'observer que le procédé par lequel Behrend fait surgir cette nouvelle société est très dangereux pour les créanciers sociaux. Sa naissance n'est pas obligatoire. Dépendant uniquement de la volonté des associés, elle ne s'impose pas à eux. Ceux-ci demeurent libres de ne pas créer de société de liquidation et de rester dans l'indivision.

Ce risque n'est d'ailleurs pas propre au cas extrême qui vient d'être envisagé. Il est facile de s'en rendre compte en supposant que les associés ont décidé, non pas à l'unanimité mais seulement à la majorité, de constituer cette société de liquidation. Il est évident que ceux qui ont voté contre ne peuvent être obligés d'en faire partie. On ne peut forcer quelqu'un à entrer dans une société contre sa volonté. Il faudra alors remettre à ces associés opposants les biens ou les deniers qui leur reviennent de la première société. Si leurs intérêts y étaient importants, il est à croire que le patrimoine auquel succèdera la société de liquidation ne sera pas bien riche. Les créanciers sociaux n'auront devant eux qu'une personne morale proche de la déconfiture et des associés de l'ancienne société qui s'étant abstenus de participer à la nouvelle, en auront acquis les éléments d'actif les plus sûrs. C'est contre eux qu'il sera avantageux d'agir, mais à condition toutefois qu'ils n'aient pas constitué de droits réels sur les biens qui leur sont ainsi échus où que leurs créanciers n'ait pas jugé à propos de les saisir. Etant en effet propriétaires de ces biens rien ne peut les empêcher de les grever de droits réels ou de les laisser saisir au bénéfice de créanciers personnels complices.

Le système de Behrend ne doit donc pas être accueilli. Le caractère facultatif qu'il donne à la société de liquidation rend indirectement possible la réapparition de l'état d'indivision et de tous les inconvénients qui l'accompagnent.

Plus subtil, Francken (2) a bien vu la critique à laquelle s'exposait la construction de Behrend. Aussi s'est-il efforcé de démontrer que le contrat d'où résulte la société de liquidation est un contrat obligatoire que les associés ne peuvent omettre.

Selon cette deuxième théorie, le contrat n'est pas passé au moment de la dissolution, il est au contraire conclu lors de la

N° 16. (1) BEHREND, *Lehrbuch des handelsrechts*.

(2) « Die liquidation der offenen handelsgesellschaft » in *Geshichtlicher Entwickelung*, Stuttgart, 1890, p. 53 et 142.

Pour l'exposé des théories allemandes sur la liquidation, voir : Ed. SIQUET, thèse Strasbourg, 1896, *Der liquidation der offenen handelsgesellschaft*.

constitution de la première société et figure dans son propre contrat. Jusqu'ici, si ce n'est la date de la convention, il n'y a rien de très différent de l'explication de Behrend.

La première nouveauté apportée par Francken réside dans ceci que ce contrat n'est pas stipulé expressément. Il est implicitement inclu dans le contrat social, ce qui permet d'éviter un oubli des associés négligeant de constituer la seconde société. Mais comme il faut prévoir non seulement une carence mais encore une mauvaise volonté de la part des associés, cet auteur accomplit un pas de plus, et déclare que la coutume commerciale veut que toute stipulation créant une société contienne aussi et implicitement une autre stipulation, prenant effet à partir de la dissolution, et donnant naissance à une seconde société destinée à opérer la liquidation de la première. Cette autre nouveauté permet ainsi à Francken de rendre obligatoire la création de la société de liquidation. Si l'usage commercial dispose que toute convention donnant le jour à un être social renferme également celle qui fera surgir la société de liquidation, les associés n'ont plus alors la possibilité de s'y soustraire et de rester dans l'indivision pour nuire aux créanciers sociaux.

La théorie de Francken est incontestablement plus fine et plus adroite que celle de Behrend. Elle n'est cependant pas très solide. On peut remarquer que le disciple de Behrend ne fournit aucune précision permettant d'établir l'existence de cette étrange coutume qui est la pièce essentielle de sa théorie. Il n'apporte aucun argument sérieux en sa faveur. Cela n'est pas pour surprendre. Ce prétendu usage commercial n'a jamais existé que dans son imagination, la réalité aussi bien allemande que française n'en recèle aucune trace. Or sans cet usage tout l'édifice s'effondre, il n'y a plus de convention obligatoire et l'on se trouve ramené à la situation à laquelle conduisait le raisonnement de Behrend.

Les constructions de ces deux auteurs ne sont donc pas meilleures l'une que l'autre. Pour échapper à la difficulté ils ont essayé de s'évader du problème. Au lieu de tenter d'expliquer le maintien de la personnalité morale de la société dissoute, ils ont crû plus simple de la faire disparaître et de lui substituer une autre, mais ce faisant ils n'ont abouti qu'à remplacer les obstacles les uns par les autres. Dans leur acharnement à justifier l'existence de la société de liquidation ils ont accumulé des suppositions invraisemblables — contrat volontaire chez Behrend, contrat obligatoire chez Francken — qui ôtent toute valeur à leurs systèmes. C'est pourquoi la théorie de la société de liquidation n'a plus aucune audience dans la doctrine mo-

derne. Elle a eu à son heure une certaine célébrité et il fallait donc le signaler, mais elle n'est plus aujourd'hui qu'une curiosité historique.

§ 2. *La théorie de la fiction*

17. — La doctrine française dominante ne s'est pas inspirée du détour utilisé par Alauzet et ses partisans. Elle a préféré expliquer directement la prolongation de la personnalité morale de la société plutôt que d'employer les faux-fuyants des auteurs précédents.

Certes à l'instar de ceux-ci, elle reconnaît que la disparition de la société, personne juridique, est en vérité un fait positif et qui conduit à des conséquences fâcheuses pour les créanciers sociaux ; mais la ressemblance s'arrête là. Au lieu d'accepter définitivement cette disparition et de rechercher des arguments qui permettraient de justifier la naissance d'une nouvelle société, elle s'attache au contraire à nier cette réalité que pourtant elle admet au départ.

Pour les auteurs qui soutiennent cette théorie l'extinction de la personnalité morale de la société au moment de la dissolution est indiscutable, mais comme ce résultat est inacceptable pour les créanciers sociaux, ils en déduisent la nécessité de revenir sur cette proposition et de l'annuler. C'est donc essentiellement sur ce point qu'ils vont déployer leurs efforts. Ceux-ci ne seront d'ailleurs pas très longs, car le problème une fois analysé donne de lui même la solution. Il ne s'agit en effet que de justifier la négation d'une réalité, la déformation de la vérité. Il n'y a rien de plus facile, le droit contient depuis fort longtemps dans son arsenal les outils propres à opérer cette dénaturation, la fiction et la prescription en sont les meilleurs échantillons. La fiction paraît toutefois l'instrument le mieux adapté à l'hypothèse présente et c'est pourquoi les partisans de ce système ne recourent qu'à elle en affirmant que si la société, personne juridique, est en réalité et en droit disparue, elle survit néanmoins grâce à une fiction dont le fondement est la protection des intérêts des créanciers sociaux. Pour eux elle n'a plus d'existence, mais elle est « censée » subsister.

18. — Cette théorie qui est depuis assez longtemps répandue dans la doctrine française (1) remonterait selon la plupart des

N° 18. (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, 2^e éd., t. 2, vol. 1, 1890, n° 366 bis ; — THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1^{re} éd., 1897, n° 447.

auteurs (2) aux arrêts de la fin du XIX^e siècle qui ont précisé le principe de survie (3). Cela n'est pas entièrement exact. Si sous sa forme actuelle elle n'a certainement vu le jour qu'à cette époque, on peut cependant en trouver des traces à une période beaucoup plus ancienne. Troplong (4), dès 1843, dans un cas légèrement différent il est vrai, utilise explicitement le procédé et aussi singulier que cela puisse paraître l'emploi de la fiction en cette matière semble bien antérieur à la date à laquelle Massé (5) a soutenu le premier la nécessité d'un maintien non limité de la personnalité morale des sociétés dissoutes. Il est en effet à la base de l'une des nombreuses théories qui au début du XIX^e siècle ont essayé de définir la condition juridique des sociétés en liquidation.

L'une d'entre elles, on l'a vu plus haut, prolongeait la personnalité morale de la société dans les rapports des associés (6) sans toutefois l'admettre dans les relations avec les créanciers sociaux. Or ce système qui est l'aïeul du principe de survie, nécessitait lui aussi une explication. Même restreint aux contestations, entre associés, le maintien de la personnalité morale devait être justifié. Le problème était identique, et c'est pour cela que l'on retrouve dans les arrêts de la Chambre civile qui avaient adopté cette solution, des formules qui ne sont qu'un appel déguisé à la technique de la fiction :

« Attendu qu'une société est *censée* exister entre les associés... tant que la liquidation n'est pas encore faite... » (7).

La théorie de la fiction a donc une origine beaucoup plus lointaine qu'on ne le pense généralement. Comme le principe de survie, auquel elle apporte une justification sur le plan de la logique juridique, ses premiers linéaments résident dans la pensée de ces auteurs et de ces magistrats qui dès le début du XIX^e siècle ont senti plus ou moins confusément qu'il y a des cas où la société ne peut s'éteindre au moment même de sa dissolution.

Cette ancienneté ne l'a d'ailleurs pas empêchée de conserver une très large audience ; la plupart des auteurs modernes l'accueillent sans hésiter (8). Elle est même indissolublement

(2) J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 2^e éd., 1952, n° 655 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, 1^{re} éd., t. I, 1954, n° 486.

(3) Cass. civ., 2 déc. 1885, D., 1886.I.357 ; S., 1888.I.331 ; — Cass. civ., 12 févr. 1890, S., 1891.I.231.

(4) Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, t. II, *Contrats des sociétés civiles et commerciales*, 1843, nos 903 et s.

(5) Voir *supra*, n° 11.

(6) Voir *supra*, n° 11.

(7) Cass. civ., 16 nov. 1815, S., Tome 18.I.82.

(8) Rodolphe ROUSSEAU, *Traité technique et pratique des sociétés commerciales*,

liée au maintien de la personnalité morale par une locution d'usage courant. C'est ainsi qu'on emploie rarement l'expression de « principe de survie », on lui préfère celle de « fiction de survie ».

19. — Cependant ce caractère vénérable et cette indiscutable renommée ne l'ont pas soustraite aux critiques de certains auteurs contemporains. L'un d'entre eux, M. Copper Royer (1), lui reproche vivement de ne pas être adaptée au problème à résoudre.

La démonstration qu'il apporte à l'appui de ses affirmations, repose sur une observation qui lui est personnelle. Selon lui, si la société s'éteint dès la dissolution en tant qu'être juridique, dans la réalité elle continue néanmoins de vivre ; disparue en droit, en pratique elle subsiste. On assiste ainsi à un divorce fâcheux entre le droit et le fait, et pour éviter une telle contradiction, la théorie dominante recourt à la fiction, mais c'est là, dit-il, une technique inappropriée, car il n'y a nulle part trace de fiction.

Chez les classiques (2) la fiction est une transformation d'une réalité sociale au pouvoir de l'esprit en vue d'un règlement de droit, ou, plus simplement, une dénaturation des choses provenant d'un effort arbitraire de l'esprit. Or ici la déformation des faits, cet élément essentiel de la fiction, est absent : la société continue en réalité d'exister, ce n'est qu'en droit qu'elle est trépassée.

Par conséquent lorsqu'on déclare que la société survit, on ne fait que d'affirmer une réalité. On est pas en présence d'une fiction mais plutôt de son inverse, car il n'y a pas de dénaturation du réel pour rejoindre un principe mais au contraire une limitation à un principe — celui de la disparition de la société sur le plan juridique — pour ne pas travestir la réalité. Il ajoute : « la survie n'est pas une fiction mais la révolte des faits contre le droit... nous sommes à l'opposé du mythe... » (3).

Malgré son apparence logique, cette critique a beaucoup moins de poids que l'on pourrait le croire au premier abord. Elle n'est pas elle-même à l'abri de tout reproche.

L'observation préliminaire, sur laquelle elle est fondée, n'est qu'une affirmation nullement démontrée. Son auteur n'apporte aucune preuve de l'existence de la société dans les faits

1921, t. I, n° 701 ; — HUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, t. I, n° 276, p. 303 ; — J. ESCARRA, *op. cit.*, n° 655 ; — HAMONIC, *op. cit.*, n° 284 ; — HAMEL et LAGARDE, *op. cit.*, n° 486.

N° 19. (1) Note au D., 1953.509 sous Cass. civ., S.C.F., 16 juin 1952.

(2) F. GÉNY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. III, « Elaboration technique du Droit positif », Sirey, 1921, n° 243, p. 388 et 391.

(3) Note au D., 1953, p. 510 *in medio*.

une fois la dissolution survenue. Elle est d'ailleurs difficilement soutenable (4). Or si cette existence n'est pas prouvée, tout le raisonnement de M. Copper Royer s'effondre, et l'on se trouve bien alors dans le cas d'une fiction, car on dénature la réalité, la mort de la société, pour rejoindre le principe, la survie de l'être moral sur le plan juridique.

De plus, même à supposer que cet auteur réussisse à rendre vraisemblable l'existence réelle de la société après la dissolution, sa critique ne serait pas encore exacte, car il commet l'erreur de vouloir faire porter la fiction sur le fait et non sur le droit. Une fiction juridique ne porte pas en effet sur la réalité mais sur le droit, car, si ce dernier prend pour base des faits extérieurs à l'esprit, des faits naturels, il les traduit en données tout intellectuelles et conventionnelles, il est subjectif. Le fait qu'il faut alors prendre en considération ici, n'est pas l'existence réelle ou prétendue de la société après la dissolution, mais au contraire le fait juridique, la mort certaine de la société à l'égard du droit. Par suite la théorie de la fiction retrouve sa pleine valeur : l'on déforme cette réalité qu'est la disparition de la société sur le plan juridique, pour pouvoir justifier sa survie. La fiction usuelle « *infans conceptus pro nato habetur* » ne procède pas autrement. Peu importe que dans la réalité l'enfant existe ou n'existe pas (5), en droit l'on ne peut lui reconnaître aucune existence ; mais comme cela risque d'aboutir à des conséquences injustes s'il vient par la suite à naître, on déforme le fait juridique, on le nie, et l'enfant est considéré comme vivant.

On est donc bien en présence du schéma classique de la fiction, dénaturation et au besoin négation d'un fait juridique pour expliquer un autre fait juridique.

Cette critique écartée, il en reste cependant une autre qui est admise par les partisans de la fiction. Beaucoup d'entre eux soulignent en effet que l'ensemble de la construction est fragile : l'application à la personnalité morale de la société, qui est déjà une fiction, d'une autre fiction pour le faire survivre à la dissolution, est un procédé indéniablement artificiel.

L'exactitude de ce grief est indiscutable, sa pertinence est par contre sujette à caution. Il conduit à rejeter de la technique juridique tout emploi de la fiction, ce qui, à l'heure présente, semble difficilement possible. Il convient de rappeler ici ce que disait le doyen Geny dans son ouvrage *Science et technique en droit privé positif* (6) :

(4) Voir *infra*, § 3.

(5) Hypothèse d'une grossesse nerveuse.

(6) *Science et technique en droit privé positif*, t. III, « *Elaboration technique du droit positif* », Sirey, 1921, n° 245, p. 398.

« L'usage des fictions en jurisprudence comme en maints autres domaines de l'action humaine, tient à l'infirmité de notre esprit en vue de la formation de concepts nouveaux pleinement adéquats aux réalités à représenter. Du moment que cette infirmité est naturelle, inéluctable, comment irions-nous, de gaité de cœur, nous priver d'un procédé nécessaire pour y remédier en quelque mesure ? Evidemment nous devons tendre à une souplesse plus grande de notre faculté de concevoir, mais nous ne pouvons en pareille matière atteindre d'un coup la perfection ; et que gagnerions-nous à vouloir forcer nos talents en excédant les bornes des possibilités qui circonscrivent nos efforts. Dès lors si nous voulons progresser avec tous nos moyens, tels qu'ils sont, force est bien de conserver la fiction, sauf à en éviter les exagérations et les abus. Libre à nous d'entrevoir, de préparer même son abolition par un effort plus intense vers l'appréhension directe, totale, enveloppante des réalités par l'esprit. Mais en attendant la réalisation indéfiniment éloignée et toujours partielle de semblable idéal, il faut nous accommoder d'un procédé que justifient suffisamment les services par lui rendus... ».

C'est peut-être là une position un peu décevante, mais il n'est guère possible de faire d'autres observations aux détracteurs de la théorie de la fiction. Celle-ci est certainement bien artificielle, mais en attendant la découverte d'un concept adapté à la réalité économique soumise à l'analyse, on ne peut que la conserver.

§ 3. Une autre théorie, celle de la réalité de la survie

20. — Pour ne pas rester sur une position qui semble à certains trop négative, quelques auteurs ont orienté leurs efforts vers une appréhension plus exacte de l'état dans lequel se trouve une société dissoute. Deux d'entre eux ont plus particulièrement attaché leur nom à cette tentative. Ce sont C. Vivante et M. Copper Royer (1). Leurs thèses étant assez peu différentes, on en mènera de front l'exposé et la critique.

Elles ne requièrent d'ailleurs pas de longues démonstrations, car elles se réduisent à quelques affirmations, lancées dans certains passages de leurs ouvrages, et qui tendent toutes à proclamer que l'existence de la société au cours de sa liquidation n'est pas une fiction mais une réalité matérielle et juridi-

N° 20. (1) C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 1^{re} éd., Turin, 1893 à 1902. Traduit sur la 3^e édition par J. Escarra, 1911 ; éditeur Giare et Brière, 16, rue Soufflot ; — COPPER-ROYER, *Traité des Sociétés anonymes*, 4^e éd Dalloz, 1931.

que. Les deux extraits suivants dont le premier est de C. Vivante, sont à ce sujet assez symptomatiques :

« l'existence de la société pendant la liquidation n'est pas une fiction de la loi (italienne), comme cela a été soutenu par de nombreux auteurs, mais une réalité juridique et matérielle. Notre loi a supprimé toute équivoque, car toutes ses règles supposent la continuation du contrat de société et de la personne juridique qui en est dérivée. Le contrat de société continue parce que l'administration est conduite par le liquidateur pour le compte de la société, et parce que l'état de liquidation ne libère pas les associés des engagements pris — article 207 . La personnalité juridique continue parce que la société conserve son nom, son domicile, sa comptabilité, son patrimoine distinct en vue de la garantie des créanciers sociaux... » (2).

Chez M. Copper Royer le système est un peu plus nuancé, mais il procède toujours de la même idée, l'absence de fiction et la réalité de la survie.

« Il est tout à fait inexact de dire qu'une société se survie à elle-même pendant sa liquidation et pour les besoins de cette liquidation. Sans doute cette formule n'est pas sans correspondre d'une manière assez précise à ce qui existe dans la réalité des faits, mais elle ne correspond pas à ce qui existe juridiquement, elle est beaucoup trop timide. La société ne se survit pas, car elle n'a pas cessé de vivre, et elle demeure capable d'exécuter des actes sociaux ; il est vrai qu'elle a résolu de mourir, dans ce but elle décide de transformer son activité en adaptant son objet aux nécessités provoquées par la résolution nouvelle. Mais il n'y a en tout cela qu'une opération préparatoire. La société ne meurt vraiment que lorsque toute opération est devenue impossible pour elle du fait de la clôture définitive des opérations du liquidateur, son ultime mandataire... » (3).

Pour ces deux auteurs il n'y a donc pas nécessité de recourir à une fiction puis que l'existence de la société est une réalité. Réalité matérielle et juridique chez Vivante et aussi dans la pensée de M. Copper Royer, car, si dans le passage cité ce dernier ne paraît défendre l'existence de la société que sur le plan du droit, on a vu au paragraphe précédent qu'il a par la suite étendu cette conception au domaine des faits.

Cette théorie comporte un point faible, elle ne repose que sur des assertions, nullement démontrées et qui ne sont pas des truismes. La réalité qu'elle soutient est bien incertaine.

(2) CÉSAR VIVANTE, *op. cit.*, t. II, p. 681.

(3) COPPER-ROYER, *op. cit.*, t. IV, p. 304 et 306.

21. — Sur le plan matériel elle est déjà fort douteuse. Par de nombreux signes la société semble au contraire définitivement disparue.

Son nom est modifié, à l'habituelle raison sociale les liquidateurs ajoutent souvent la mention « en liquidation », son domicile ne demeure pas nécessairement le même, il n'est parfois que fictif, c'est un classeur dans le bureau des liquidateurs. Les marques de son activité économique ne se maintiennent pas toujours, le personnel est débauché et la production arrêtée.

La comptabilité elle-même, à laquelle Vivante attache beaucoup d'importance, revêt un caractère nouveau, elle est orientée vers la liquidation. Séparée de la comptabilité précédente par un inventaire qui marque le terme de la vie sociale, elle n'enregistre plus que le résultat des opérations passées, le paiement des dettes et le recouvrement des créances auxquelles elles ont donné lieu. Les opérations nouvelles qui y figurent, ne sont que celles qui proviennent de la réalisation de l'actif social, de la vente des biens sociaux, de la cession des créances en vue de la constitution d'une masse aisément partageable. Un détail indique bien cette orientation : dans les écritures et dans le bilan de liquidation les éléments du patrimoine de la société ne sont pas comptés pour leur valeur d'achat avec au passif un poste d'amortissement destiné à compenser leur dépréciation, ils n'y sont inscrits que pour leur prix probable de réalisation immédiate. Seule leur valeur vénale actuelle présente en effet un intérêt, leur valeur d'achat et le montant de l'amortissement sont des précisions sans importance, inutiles pour la liquidation.

La réalité de l'existence matérielle de la société après la dissolution n'est donc pas un fait acquis. Les seules traces qui en subsistent sont beaucoup plus le reflet de son passé que la preuve irréfragable de sa survie.

22. — Sur le plan juridique elle est également difficile à soutenir. Les causes de dissolution ne sont pas en effet le fruit d'une décision arbitraire du législateur, elles ne sont que la conséquence de la disparition d'un ou de plusieurs des éléments fondamentaux de la société. Sans une volonté concordante des associés, sans un objet, la possibilité et les moyens de le réaliser, il ne peut pas y avoir de société.

Or le *mutuus dissensus*, l'arrivée du terme ne manifestent que le désir de l'ensemble des associés de mettre fin à l'existence de l'être moral. Il en est de même de l'interdiction, de la déconfiture ou de la mort de l'un des membres de la société (1).

Ces causes de dissolution ne sont pas en effet obligatoires, elles ne constituent qu'une simple présomption de la part du législateur qui a pensé qu'en raison des événements survenus il y a de grandes chances que les associés ne souhaitent pas rester en société. Mais il ne leur impose pas cette solution, celle-ci n'est que facultative (2), et s'ils ne l'ont pas écartée par une clause du contrat de société ou par une décision ultérieure, il est évident que la dissolution survenue n'est que le résultat de leur volonté souveraine.

Les autres causes de dissolution sont une preuve encore plus flagrante de l'extinction de la société. Elles sont la marque de la disparition de son objet ou des moyens de le réaliser. Il en est ainsi de la consommation de la négociation, de la perte de la chose, des apports ou des trois-quarts du capital social (3). De même la dissolution judiciaire pour justes motifs n'est que la manifestation de l'impuissance à laquelle la société se trouve réduite par la mésentente qui règne entre les associés (4).

A ces observations on pourrait peut être répondre que la société n'est pas seulement un contrat mais aussi une institution, et que morte sur le plan du contrat, il est possible qu'elle subsiste sur le plan de l'institution.

Cela ne serait pourtant pas exact. Si la société peut être un contrat sans être une institution — hypothèse d'une société de personnes — l'inverse n'est pas pour autant vrai. Ainsi que le font remarquer M. Hamel et Lagarde (5) : « il y a toujours dans la société un noyau contractuel dont l'institution ne peut pas rendre compte, objet de la société, répartition des bénéfices, montant du capital social... ». Sans ce noyau il n'y a pas de société. Une fois morte sur le plan contractuel, la société disparaît aussi sur le plan institutionnel.

23. — La théorie de la réalité n'est donc qu'une suite d'affirmations qui ne sont appuyées d'aucun argument sérieux. Tant dans le domaine du droit que dans celui des faits, la dissolution entraîne l'extinction de la société. La réalité aussi bien juridique que matérielle, ce n'est pas l'existence mais la disparition de la société.

Certes la tentative de Vivante et de M. Copper Royer est

(2) Cass. req., 10 mars 1855, D., 1855.I.441 ; 18 janv. 1881, D., 1881.I.244 ; — art. 36 de la loi du 7 mars 1925.

(3) Articles 1865, alinéa 2 et 1867 du Code civil, article 37 de la loi du 24 juill. 1867.

(4) Article 1871.

(5) *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 385, p. 470.

intéressante en ce sens qu'elle manifeste une volonté d'aller au-delà de la solution un peu artificielle à laquelle s'est arrêtée la théorie de la fiction, mais elle n'a pas abouti à une construction solide.

Il semble d'ailleurs qu'elle se soit engagée dès le départ sur un mauvais chemin. En effet à supposer que le système préconisé par ces auteurs puisse se révéler fondé en droit et en fait, il n'échapperait pas cependant à un autre reproche, car il conduit à autoriser une continuation de fait de toutes les sociétés dissoutes.

L'existence de la société étant une réalité, il n'y a dans ce cas aucune raison valable de lui interdire de se lancer dans des opérations nouvelles. On risque alors de voir des sociétés en liquidation mener une vie aussi active que durant la période antérieure à leur dissolution.

C'est là un résultat bien dangereux, car il tend à jeter la perturbation dans la vie commerciale. Les tiers ne sauront pas à quoi s'en tenir, ils ignoreront si la personne avec laquelle ils traitent est destinée à disparaître prochainement ou seulement dans un avenir lointain. L'insécurité règnera dans le monde des affaires (1).

Pour toutes ces raisons la théorie de la réalité ne doit pas être retenue. En attendant des efforts plus heureux vers une appréhension satisfaisante de l'état de la société en liquidation, il faut revenir à la théorie de la fiction qui, malgré son caractère un peu factice, constitue pour le moment un pis aller fort honorable.

Section II

La position de la jurisprudence

24. — L'examen de la jurisprudence ne permet pas au premier abord de dénoter chez elle une position très claire ; certaines décisions se rattachent explicitement à la théorie de la survie mais d'autres paraissent faire une application pure et simple de la théorie de la réalité. L'étude succincte des arrêts et des jugements ne peut suffire à la détermination de la jurisprudence dominante, celle-ci demande un surcroît d'analyse.

N° 23. (1) Au contraire la prohibition d'une continuation de fait de la société dissoute s'explique très bien avec la théorie de la fiction. Voir *infra*, section II, § 1 ; et titre II, chapitre I.

§ 1. *Les grands courants de la jurisprudence*

25. — Bien que le principe de survie soit maintenant très ancien, les arrêts et les jugements rendus en la matière sont rédigés d'une manière très variée qui est susceptible d'interprétations différentes.

26. — Certaines formules couramment usitées ne sont qu'un appel plus ou moins direct à la technique de la fiction, on relève en effet fréquemment des expressions telles que : « la société est censée exister » ou « la personnalité civile de la société est considérée comme subsistant » (1). Quelques décisions sont même encore plus nettes et s'appuient sans détour sur une fiction : « que par une fiction universellement admise par la doctrine et la jurisprudence, la société est réputée se survivre... » (2).

Elles renferment d'ailleurs toutes la portée de cette fiction dans des bornes assez étroites, car elles font suivre l'énonciation du principe de survie de la mention « pour les besoins de la liquidation ».

Cette restriction est tout à fait compréhensible ; sans aller jusqu'à accueillir sans réserves l'axiome selon lequel la fiction est de droit étroit, il faut cependant reconnaître qu'elle est la négation d'un principe et que pour cela elle doit être limitée à la satisfaction des besoins qui l'on fait naître. La société étant juridiquement morte, on ne peut le faire revivre que pour la protection des droits des créanciers sociaux et à titre subsidiaire pour la commodité des associés. Ce n'est que dans ce cas qu'il y a des intérêts suffisamment légitimes pour faire fléchir par une fiction la rigueur d'un principe. Dans les autres hypothèses la fiction devra être écartée et la réalité reprendra sa place. La société sera considérée comme disparue pour toutes les opérations qui ne constituent qu'une continuation de fait de ses activités antérieures, c'est-à-dire pour toutes celles

N° 26. (1) Cass. civ., 16 nov. 1815. S. Tome 18.I.82 ; — Pau, 2 févr. 1870, S., 1870.II.139 ; — Cass. civ., 2 déc. 1885, D., 1886.I.357 ; — Paris, 15 nov. 1886, S., 1887.II.427 ; — Cass. req., 3 janv. 1900, S., 1900.I.391 et 25 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.700 ; — Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1953, *Bull. cass.*, 1953.III, n° 44, p. 32 et 2 déc. 1953, *Bull. cass.*, 1953.III, n° 373, p. 262 ; — Cass. civ., S., 3 nov. 1955, *Bull. cass.*, 1955.IV, n° 790, p. 594 ; — Cass. civ., S.C.F., 25 janv. 1956, *Bull. cass.*, 1956.III, n° 38, p. 31 ; — Trib. civ. de la Seine, 4 déc. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958.I.157.

(2) Cass. civ., 12 févr. 1890, S., 1891.I.231 ; — Trib. civ. de Toulon, 5 févr. 1913, *J.S.*, 1915, p. 19 ; — Paris, 15 juill. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.II.534 ; — Montpellier, 1^{er} juin 1954, *J.C.P.*, 1955.8680 ; — Trib. civ. de Montpellier, 10 avril 1957, *Gaz. Pal.*, 1957, Table, p. 196, n° 25.

qui ne se rattachent pas à la défense des droits des créanciers sociaux et des associés au cours de la liquidation.

27. — La théorie de la fiction n'est pas cependant la seule qui soit reçue par la jurisprudence ; celle de la réalité semble inspirer aussi de nombreuses décisions.

C'est ainsi que plusieurs juridictions du fond et même la Cour suprême soulignent parfois la prolongation de la personnalité morale de la société en employant des périphrases qui paraissent bien rejeter toute idée de fiction : « la société persiste avec son existence propre jusqu'au partage... » ou « attendu qu'il est de principe que la personnalité civile de la société ne disparaît pas par la dissolution, qu'elle se perpétue par la liquidation qui n'est que la continuation de l'être moral lui-même... » (1).

Il y a là une très nette différence avec les formules citées au numéro précédent ; non seulement il n'est pas question de fiction, mais encore la tournure des expressions utilisées indique bien que dans la pensée des magistrats qui en sont les auteurs, la vie sociale n'est pas interrompue par la dissolution, qu'elle ne s'arrête pas pour reprendre ensuite par l'artifice de la fiction : la société « persiste », se « perpétue ». L'être moral se maintient donc sans aucun changement, et en cela ces arrêts tendent à rejoindre la théorie de la réalité pour laquelle il n'y a pas besoin de fiction puisque la dissolution n'apporte aucune modification à la condition de la société, puisque celle-ci demeure une réalité matérielle et juridique (2). D'autres indices renforcent d'ailleurs cette impression ; c'est ainsi que dans les arrêts dont on a extrait les passages cités, la survie de la société n'est pas restreinte aux besoins de la liquidation, de la protection des créanciers sociaux après la dissolution. Si en effet le maintien de la personnalité morale de la société ne repose pas sur une fiction, s'il est une réalité, il n'y a aucune raison pour lui apporter une quelconque limitation, car il n'est pas une exception à un principe — d'interprétation nécessairement stricte — mais il est le principe lui-même (3).

28. — Ces deux groupes de décisions n'épuisent malheureu-

N° 27. (1) Tribunal de commerce de Dunkerque, 9 nov. 1831 et Douai 18 juill. 1833, S., 1833.II.565 ; — Cass. civ., 3 févr. 1868, S., 1868.I.185 ; — Bordeaux, 12 août 1885, R.S., 1886, p. 322 ; — Orléans, 20 mars 1891, R.S., 1891.315 ; — Cass. civ., 13 janv. 1892, S., 1892.I.100 ; — Orléans, 9 mars 1894, D., 1895.II.265.

(2) Voir *supra*, n° 20.

(3) Voir *supra*, n° 20, 23 et 26. *

sement pas la jurisprudence, il en existe un troisième qui vient encore jeter le trouble dans ce problème qui est déjà peu clair.

Quelques arrêts adoptent en effet une position ambiguë. Par certains côtés ils se rapprochent de la théorie de la réalité, ils n'utilisent pas le mot fiction ni même une expression équivalente, par d'autres au contraire, ils semblent accueillir le système de la fiction, car ils restreignent la survie de la personnalité morale de la société aux seuls besoins de la liquidation (1).

§ 2. Recherche d'une jurisprudence dominante

29. — La détermination de la jurisprudence dominante est à vrai dire difficile. Les critères usuels, tels que le nombre, l'ancienneté ou l'origine des décisions, ne sont ici d'aucune aide. Chacune des trois tendances dégagées au paragraphe précédent peut revendiquer le parrainage de multiples arrêts remontant à une époque lointaine ou au contraire récente. Elles peuvent même les unes et les autres se réclamer de la Cour suprême. Il faut donc utiliser une autre méthode.

30. — La meilleure paraît être celle qui consiste à rechercher quelles sont les conséquences des deux principaux systèmes — fiction et réalité — sur les règles de la liquidation, et à essayer de définir à propos de quelques-unes d'entre elles les préférences des Cours et des Tribunaux.

Ce procédé permet d'arriver assez rapidement au but. L'attitude de la jurisprudence à l'égard d'un problème discuté — comme celui de la prorogation des sociétés dissoutes — décèle facilement ses goûts, car en refusant toute validité au renouvellement du contrat de société après la dissolution (1) elle manifeste sa prédilection pour la théorie de la fiction.

Si l'on suit en effet cette dernière, il est impossible d'admettre qu'une société puisse être prorogée après sa dissolution. L'être moral ne survivant que d'une manière limitée et seulement

N° 28. (1) Cass. req., 27 juill. 1863, S., 1863.I.457 ; — Cass. req., 29 mai 1865, S., 1865.I.325 ; — Pau, 2 févr. 1870, S., 1870.II.139 ; — Cass. civ., 6 mars 1872, D., 1872.I.169 ; — Cass. req., 16 août 1880.82.I.202 ; — Nancy, 19 févr. 1881, S., 1882.II.161 ; — Cass. civ., 11 mars 1884, D., 1884.I.199 ; — Cass. req., 28 juin 1893, S., 1895.I.260 ; — Cass. civ., 7 nov. 1898, S., 1899.I.269 ; — Lyon, 20 mars 1913, *La loi* du 22 octobre 1913 ; Cass. req., 22 janv. 1930, S., 1930.I.185 ; — Paris, 12 mars 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.886 ; — Paris, 20 oct. 1952, *R.S.*, 1952, p. 404 ; — Cass., S.C.F., 14 nov. 1950, *Bull. cass.*, 1950.II. n° 331, p. 235 ; — Cass. civ., S.C.F., 7 août 1951, *Bull. cass.*, 1951.II, n° 280, p. 208.

N° 30. (1) Trib. civ. de Valenciennes, 14 oct. 1920, *Revue de l'enregistrement*, 1924, p. 334 ; — Paris, 20 déc. 1948, *J.C.P.*, 1949.5080, 2 arrêts ; — Cass. civ., S.C.F., 25 janv. 1956, *Bull. cass.*, 1956.II, n° 150, p. 173.

pour les besoins de la liquidation, l'assemblée des associés et le liquidateur ne peuvent prendre valablement des résolutions qui ne correspondraient pas à ces besoins. Or il est indéniable que la décision de la prorogation ne rentre nullement dans les nécessités de la liquidation, car elle ne contribue en rien à la protection des droits des créanciers sociaux.

Avec la théorie de la réalité il n'est pas possible de faire une pareille objection. La société existant par principe, il n'y a pas de raison d'introduire ici des restrictions qui ne résultent que de la fiction et de son caractère exceptionnel. Dans ce cas la prorogation de la société dissoute est parfaitement justifiée.

31. — Cependant cette démonstration n'est pas entièrement satisfaisante. Elle marque bien de façon certaine le choix fait par la jurisprudence en faveur de la théorie de la fiction, mais elle laisse subsister un malaise, car elle ne permet pas de résoudre les contradictions qui existent entre les différentes décisions.

On peut se demander en effet pourquoi les Cours et les Tribunaux qui sont unanimes à rejeter la théorie de la réalité dans le cas du renouvellement du contrat d'une société dissoute, se divisent sur la question de la nature de la survie.

Cette divergence est d'autant plus singulière qu'elle se manifeste au sein de la Cour suprême. La Chambre civile qui prohibe la prorogation de la société, balance pourtant entre la réalité et le caractère fictif du maintien de la personnalité morale.

Or une telle contraction est difficilement admissible ; il faut aller plus loin et tenter de la résoudre.

Dans ce but on peut émettre l'hypothèse suivante : les différentes formules utilisées ne seraient pas la marque de tendances divergentes et opposées, mais simplement la conséquence d'un mode de rédaction plus ou moins précis.

Les expressions utilisées dans les arrêts que l'on a plus haut présentés comme paraissant se rattacher à la théorie de la réalité (1) n'impliquent pas inévitablement cette conclusion. Une autre interprétation est possible. En déclarant que la société « persiste » ou « se perpétue », les magistrats qui ont utilisé ces termes n'ont pas voulu affirmer qu'il s'agit là d'une réalité matérielle et juridique, mais constater seulement qu'en vertu de la fiction de survie — par ailleurs sous-entendue — la société conserve sa personnalité morale. Cette explication est tout à fait plausible. Le caractère fictif de la survie est devenue un

N° 31. (1) Voir *supra*, n° 27.

axiome tellement courant que l'on peut être légitimement fondé à penser que les Cours et les Tribunaux ne prennent pas toujours le soin de l'énoncer au début de toutes leurs décisions. Le sous-entendant, ils se bornent à en tirer la conséquence : l'existence de la société en tant que personne juridique.

Il n'y a donc pas plusieurs courants dans la jurisprudence, mais simplement des modes de rédaction variés d'une même conception. Certains magistrats sont très prolixes et éprouvent le besoin de reproduire dans tous leurs arrêts l'ensemble du raisonnement par lequel on arrive à justifier la prolongation de la personnalité morale ; d'autres au contraire sont plus ou moins concis et se contentent de constater le résultat auquel on aboutit, la survie de la société, en précisant parfois qu'elle ne se produit que pour les besoins de la liquidation (2). A l'inverse de la doctrine, la jurisprudence n'est pas divisée, la théorie de la fiction retient seule ses suffrages.

(2) Troisième tendance, voir *supra*, n° 28.

CHAPITRE III

DOMAINE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE SURVIE

Section I

Sociétés civiles et commerciales

Sociétés de fait

§ 1. *Sociétés civiles et commerciales*

32. — L'existence de la société pendant la liquidation tenant à la survie fictive de sa personnalité morale, il s'en suit que le principe dégagé par la jurisprudence ne peut être appliqué qu'aux sociétés douées de la personnalité morale. Celles qui en sont dénuées étant l'exception, on peut dire que presque toutes les sociétés civiles (1) et commerciales bénéficient du principe de survie.

33. — Seule l'association en participation reste en dehors de son domaine d'application. Ne possédant aucune personnalité morale avant sa dissolution, elle ne saurait en avoir une au cours de sa liquidation (1).

Il n'en est autrement que dans le cas où le gérant a démasqué par imprudence ses coparticipants. Les tiers et en particulier les créanciers sociaux peuvent alors prétendre avoir crû

N° 32. (1) Les sociétés civiles sont maintenant douées de la personnalité morale : Cass. civ., 9 mai 1864, S., 1864.I.239 ; — 3 févr. 1891, D., 1891.I.337 ; — 2 mars 1892, D., 1893.I.169 ; — 2 janv. 1894, D., 1894.I.483 ; — 22 févr. 1898, *J.S.*, 1898.250. Aussi survivent-elles à leur dissolution : Cass. civ., 9 mai 1864, S., 1864.I.239 ; — Cass. req., 29 mai 1865, S., 1865.I.325 ; — 28 janv. 1884, S., 1886.I.465 ; — Orléans, 26 août 1869, S., 1870.II.113 ; — Cass. civ., 16 août 1880, D., 1882.II.82 ; 28 juill. 1896, D., 1897.I.14.7.

N° 33. (1) Paris, 8 août 1870, D., 1871.II.7 ; — Cass. civ., S.C.F., 9 mai 1955, *Bull. cass.*, 1955.III, n° 162, p. 132.

traiter avec une véritable société. Dans cette hypothèse l'association en participation se transforme en une société en nom collectif qui est nulle pour défaut de publicité (2).

§ 2. *Les sociétés de fait*

34. — L'application du principe de survie aux sociétés de fait présente un intérêt qui n'est pas négligeable, car la nullité d'une société peut être déclarée même après sa dissolution (1).

Il s'agit de savoir si ces sociétés annulées en cours de liquidation ne sont que de simples indivisions, ou si au contraire on doit les considérer comme des personnes juridiques.

La jurisprudence s'est assez rapidement prononcée en faveur de cette dernière solution. Un arrêt de la Chambre des requêtes, du 18 février 1903 (2), est à ce sujet fort net :

« ...Attendu que bien qu'annulée par jugement du 18 mai 1893 pour infraction aux dispositions de la loi de 1867, la précédente Compagnie parisienne de transport n'en avait pas moins subsisté pour les besoins de sa liquidation... ». Elle y met toutefois quelques conditions. Il faut que les créanciers sociaux désirent ce maintien de la société, et que les créanciers personnels des associés ne s'y opposent pas.

35. — Les créanciers sociaux ont en effet une option. Ils peuvent tenir la société pour nulle, et dans ce cas elle n'est qu'une simple indivision, ou au contraire la considérer comme valable. Dans cette hypothèse elle est alors douée d'une personnalité morale tout au long de sa liquidation. Cette option qui leur est accordée quelque soit le type de la société (1), revêt une grande importance. On pourrait croire au premier abord que les créanciers sociaux ont toujours intérêt à écarter la nullité, puisque cela leur permet d'éviter tous les inconvénients de l'indivision qui ont été exposés au début de cette partie (2). Ce n'est cependant pas sûr. Il faut observer que si la forme de la société

(2) HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., Sirey, 1926, n° 185 ; — Orléans, 3 juill. 1908, *J.S.*, 1910.30 ; — Alger, 10 nov. 1908, *J.S.*, 1910.165 ; — Cass. civ., 28 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1933.I.361.

N° 34. (1) Cass. civ., 3 juin 1862, *D.*, 1863.I.24 ; — Lyon, 9 févr. 1883, *D.*, 1883.II.113 ; — Paris, 23 avril 1884, *D.*, 1884.II.206 ; — Evreux, 22 déc. 1896, *J.S.*, 1897.367 ; — Agen, 23 juin 1903, *D.*, 1903.II.318.

(2) *S.*, 1904.I.191 et *D.*, 1904.I.310.

N° 35. (1) Articles 7 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés en commandites par actions, étendus aux sociétés anonymes par la Jurisprudence : Cass. req., 19 mars 1946, *J.C.P.*, 1946.II.3125. Pour les S.A.R.L. : art. 9 de la loi du 7 mars 1925.

(2) Voir *supra*, chapitre I, section I, n°s 3 et 4.

annulée s'impose en général aux créanciers sociaux (3), il en est autrement lorsque l'annulation résulte d'un défaut de publicité. La société commerciale de droit commun étant selon la jurisprudence la société en nom collectif, la société annulée est alors traitée comme si elle avait adopté cette forme (4). Il est donc évident que si leur débitrice se trouve être une société par actions non publiée ; ils auront tout avantage à opter pour la nullité, car ils pourront ainsi poursuivre les associés sur leur patrimoine personnel. Ceux-ci sont considérés dans cette hypothèse comme des associés en nom ; c'est pourquoi leur responsabilité est solidaire et indéfinie.

36. — Si la volonté conforme des créanciers sociaux est absolument nécessaire pour que la société frappée de nullité puisse être tenue valable et par suite douée de la personnalité morale, il n'en résulte pas pour autant que cette condition soit suffisante ; il faut aussi que les créanciers personnels des associés ne s'y opposent pas. L'on sait que dans tous les conflits entre créanciers sociaux et créanciers personnels des associés, la jurisprudence donne la préférence à ces derniers, car elle estime qu'ils sont excusables d'avoir ignoré l'existence de la société de fait. Les créanciers sociaux en négligeant de se renseigner sur la régularité de leur future débitrice, ont traité à leurs risques et périls (1).

37. — L'application du principe de survie aux sociétés de fait n'est donc pas toujours certaine. Bien souvent les associés auront des créanciers personnels qui s'y opposeront en demandant que la société soit tenue pour nulle à l'égard de tous les intéressés. Les créanciers sociaux perdront leur droit de préférence ainsi que les sûretés spéciales qui leur ont été consenties (1). De plus dans le cas d'une société en nom collectif ou en commandite simple, le bénéfice de la solidarité auquel ils pouvaient prétendre, disparaît avec la personnalité morale. Ils ne pourront poursuivre chacun des associés en nom que pour sa part virile dans la dette (2).

(3) Cass. req., 28 févr. 1858, D., 1859.I.408.

(4) Cass. req., 28 avril 1913 et 26 mai 1913, S., 1913.I.565 ; — 20 mars 1935, S., 1935.I.209.

N° 36. (1) Cass. civ., 13 févr. 1855, S., 1855.I.721 ; — 11 mai 1870, S., 1870.I.428 ; — 5 juill. 1879, D., 1880.I.123 ; — 5 janv. 1886, D., 1886.I.122 ; — 7 août 1893, D., 1894.I.102 ; — Cass. civ., 7 juin 1904, D., 1904.I.455 ; — Marseille, 8 nov. 1905, J.S., 1906.275.

N° 37. (1) La perte du droit de préférence porte non seulement sur les biens apportés dans la société, mais aussi sur ceux acquis depuis la constitution : Cass. civ., 7 août 1893, S., 1894.I.260.

(2) Rennes, 6 mars 1869, II.254 ; — Nancy, 10 déc. 1924, D., 1925.II.95.

Ces solutions sont très dures, mais le principe de survie ne pouvant s'appliquer ici, les créanciers n'ont droit à aucun des avantages de la personnalité morale. Ils n'ont guère qu'un seul moyen de parer à cette éventualité, c'est celui qui consiste à faire déclarer la faillite de la société avant que les créanciers des associés n'aient eu le temps d'en demander la nullité. Le jugement de faillite étant constitutif d'un état de droit nouveau, vandra *erga omnes* et la société conservera sa personnalité morale (3). Toutefois l'efficacité de cette parade n'est pas très sûre, car tant que les délais de recours contre le jugement de faillite ne seront pas expirés, les créanciers des associés auront la possibilité d'intervenir. Ce n'est que lorsque ces délais seront épuisés que les créanciers sociaux auront la certitude d'avoir une personne morale comme débitrice.

Section II

Le principe de survie dans les droits positifs étrangers

38. — Le principe de survie est d'une telle utilité pour la protection des créanciers sociaux et la commodité des associés, que presque tous les systèmes juridiques ont crû bon de le consacrer.

§ 1. *Les systèmes juridiques du groupe latin*

39. — C'est dans ces pays qu'il a reçu la plus vaste application. L'Argentine (1), la Belgique (2), l'Italie (3), et le Luxembourg (4) le mentionnent dans tous leurs textes législatifs relatifs aux sociétés. En Espagne il résulte implicitement de certaines dispositions du Code de commerce de 1885, et notamment des articles 228 et 238 (5).

On l'explique souvent par une fiction. Celle-ci est généralement d'origine jurisprudentielle, comme en Belgique (6), mais elle se déduit parfois de la loi elle-même. C'est ainsi que le

(3) Cass. req., 5 juill. 1900, S., 1904.I.190.

N° 39. (1) Code de commerce de 1889, art. 422 et s.

(2) Article 178 des lois coordonnées du 30 octobre 1935.

(3) Sous entendu dans l'ancien Code de commerce, il est maintenant officiellement consacré par l'article 2451 du Code civil de 1942.

(4) Article 141 de la loi du 10 août 1915.

(5) Sentences du Tribunal suprême : 23 juin 1903, 20 janv. 1940.

(6) Cass. civ., 17 mai 1906, R.P., S., 1907, n° 1759 ; — 7 déc. 1922, Pas., 1923.I. 102 ; — 27 mai 1946, R.P.S., 1949, n° 4071 ; — Congo belge : Léopoldville, 28 oct. 1941, R.J.C.B., 1941.71, 1^{re} instance, Ruanda Urundi, 11 juin 1943, R.J.C.B., 1944.30.

Code de commerce argentin de 1889 emploie dans son article 435 une formule qui ne laisse aucun doute quant au caractère fictif qu'il donne à la survie : « la société ne sera réputée existante qu'au seul effet de sa liquidation » (7). En Italie par contre la survie ne paraît pas être considérée comme une fiction (8) ; on y voit fréquemment une réalité. Il se peut qu'il s'agisse là de l'une des conséquences lointaines des opinions de C. Vivante ; l'importance que la pensée de celui-ci a eu dans la doctrine commercialiste italienne et même européenne ne rend pas cette supposition invraisemblable. Mais il est également possible d'en faire une marque de l'influence de la doctrine allemande. On retrouve en effet dans cette matière de très fréquentes références aux ouvrages de Karl Wieland ou de Hans Brodmann qui ont été en Allemagne les partisans de l'Identitäts theorie, c'est-à-dire de la théorie de la réalité.

§ 2. Les systèmes juridiques du groupe germanique

40. — En Allemagne et en Suisse le principe de survie est d'une application plus restreinte. Les sociétés de personnes, en nom collectif ou en commandite simple, n'y sont pas en effet douées de la personnalité morale (1). Elles ne sauraient donc bénéficier d'une prolongation de celle-ci. Toutefois comme les conséquences de l'indivision sont inacceptables pour les créanciers sociaux et même pour les associés, les législateurs de ces deux nations ont établi une réglementation détaillée de la liquidation qui leur permet de jouir des principaux avantages d'un maintien de la personnalité morale (2).

Les sociétés de capitaux, les kapitalgesellschaften, en sont au contraire dotées, et par suite le principe de survie leur est applicable. En Suisse, il résulte indirectement des articles 743, 745 et 748 du Code fédéral des obligations. En Allemagne, il est aussi implicitement reconnu par la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions (3).

(7) Jurisprudence de la Cour d'appel de Rosario ; — HALPERIN, « La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales », *Revista critica de Jurisprudencia*, Buenos Ayres, 1934.218 ; — RIVAROLA, *Tratado de derecho commercial argentino*, Buenos Ayres, 1938, t. II, p. 722.

(8) Vittorio SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Edit. C. Zuffi, Bologne, 3^e éd., 1949, t. I, p. 160 et 372.

N^o 40. (1) Elles sont fondées sur la notion de propriété en main commune, illustrée en France par SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 2^e éd., 1922.

(2) Pour l'Allemagne, voir le Handelsgesetzbuch, le Code de commerce de 1897, art. 145 à 158 pour la société en nom collectif — art. 161 pour les commandites simples —. Pour la Suisse, voir le Code fédéral des obligations (rédaçtion du 18 déc. 1936), art. 585 à 592. Arrêt du Trib. fédéral, 59.II. 53 ; S.J.S., 1933.405.

(3) §§ 205, al. 2 ; 214, al. 1 de cette loi.

Contrairement aux systèmes juridiques du groupe latin, la fiction est ici rarement employée (4). Les auteurs allemands et, sous leur influence, la doctrine suisse ont une préférence marquée pour l'Identitäts theorie, pour la théorie de la réalité (5).

41. — Le droit positif japonais que l'on rattache habituellement aux législations germaniques, occupe une position particulière en matière de liquidation. Ses dispositions sont ici beaucoup plus proches de celles des systèmes juridiques latins que des textes du Code de commerce allemand. Les sociétés de personnes comme les sociétés de capitaux y jouissent de la personnalité morale, et par suite elles bénéficient elles aussi du principe de survie. La théorie de la réalité est écartée, seule celle de la fiction est accueillie ; la formule utilisée par le Code de commerce de 1870 (1) ne laisse aucun doute à ce sujet : « même après sa dissolution la société est considérée comme continuant son existence en vue de sa liquidation » (article 116).

§ 3. *Les droits américains et anglais*

42. — Aux Etats-Unis comme en Angleterre, en Allemagne ou en Suisse, la personnalité morale est en principe réservée aux sociétés de capitaux qui portent ici le nom de « Corporations ». Les sociétés de personnes, les « partnerships », en sont démunies. Par suite il n'y a que ces corporations qui peuvent subsister en tant qu'êtres juridiques après la dissolution. Ce sont là d'ailleurs les seuls détails qu'il est possible de donner sur la condition des sociétés dissoutes dans ce pays, car la législation n'y étant pas uniforme, il y a à peu près autant de réglementations de la liquidation que d'états. La prolongation de l'existence corporative est en général admise, mais elle suit des modalités diverses (1).

43. — La législation anglaise qui est probablement l'une des plus perfectionnées en matière de liquidation de sociétés, pré-

(4) H. E. FEINE, *Die gesellschaft mit beschränkter haftung*, vol. 3 du *Handbuch des gesamten handelsrechts* de V. EHRENBURG, Leipzig, 1929, p. 644 ; — F. SCHOLZ, *Kommentar zum GMBH. gesetz*, Cologne, 2^e éd., 1950, § 63.

(5) K. WIELAND, *Handelsrecht*, t. I (1921), p. 692 ; — H. BRODMANN, *Das gesetz betreffend die gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Berlin, 2^e éd., 1929, § 60.

Suisse : *Le droit fédéral des obligations*, T. GUHL, Zurich, 1947, p. 478.

N^o 41. (1) Révisé par la loi n^o 73 de 1911 ; modifié en 1950 par la loi n^o 167.

N^o 42. (1) LÉPARGNEUR, *Les sociétés commerciales aux U.S.A.*, Dalloz, 1951.

sente ici une physionomie particulière (1). La conception britannique de la liquidation est en effet profondément différente de toutes celles que l'on a rencontrées jusqu'ici.

Contrairement à la solution adoptée par les autres systèmes juridiques, la liquidation en droit anglais ne suit pas la dissolution mais la précède. Cette solution permet de protéger efficacement les droits des créanciers sociaux sans avoir à recourir à une fiction de survie, car la société n'étant pas dissoute demeure nécessairement une personne morale. Ce n'est que la liquidation une fois terminée que la dissolution peut être déclarée.

Cette conception paraît très séduisante. A son actif, il faut lui reconnaître une grande simplicité ; l'on est ici fort loin des constructions artificielles des théoriciens de la fiction ou des raisonnements tortueux des partisans de la réalité. On pourrait même être tenté d'y voir une solution possible pour la future réglementation française de la liquidation.

Il n'y a là cependant qu'une apparence ; elle n'est pas plus satisfaisante que les autres, car elle ne fait que changer la question. Lorsque l'on place la liquidation après la dissolution, la grosse difficulté consiste à expliquer pourquoi la société conserve sa personnalité morale. Si à l'inverse on la fait précéder la dissolution, cette difficulté disparaît, mais un autre problème, tout aussi délicat, surgit immédiatement. Il faut en effet donner une raison des restrictions qui sont maintenant apportées aux activités de la société, car sous peine d'autoriser sa continuation de fait (2), il est nécessaire de les limiter à l'extinction des affaires en cours, à la vente de ses biens et à l'appurement de son passif. Le procédé britannique n'est donc pas supérieur à ceux employés par les autres législations. Il aboutit à créer un problème nouveau qui n'est pas plus facile à résoudre que celui auquel il remédie.

44. — Ce tour d'horizon du droit comparé permet d'observer que si beaucoup de législateurs et d'auteurs étrangers ont aperçu comme les magistrats français la nécessité qu'il y a pour la protection des droits des créanciers et la sécurité de la vie commerciale de prolonger l'existence de la société après sa dissolution, aucun d'entre eux n'est néanmoins parvenu à en fournir une explication qui soit satisfaisante sur le plan de la logique juridique. Il y a dans la liquidation un état spécial de l'être moral qui n'est ni tout à fait vivant, ni tout à fait mort,

N° 43. (1) Companies Acts de 1844, 1856, 1857, 1908, 1929 et 1948.

(2) Reproche déjà fait à la théorie de la réalité, voir *supra*, n° 23.

et qui semble défier l'analyse. Les théories de la fiction et de la réalité qui sont celles actuellement les plus répandues dans le monde, n'en procurent qu'une approche insuffisante. L'une, tenant la société pour éteinte, n'arrive pas à apporter une justification, qui ne soit pas factice, de sa vie partielle ; l'autre la considérant comme vivante, sans toutefois le démontrer, ne réussit pas mieux à donner une raison de son demi-décès, des restrictions qui sont imposées à ses activités. Le concept idéal reste encore à trouver.

Titre II

Etendue et conditions d'existence de la personnalité morale des sociétés dissoutes

45. — Quelle que soit la conception que l'on adopte relativement à la nature juridique de la survie, il y a deux points que l'on doit considérer comme certains, aussi bien en doctrine qu'en droit positif : la société subsiste en tant qu'être juridique après sa dissolution, mais la personnalité morale qui lui est reconnue, est limitée aux besoins de sa liquidation.

Cette expression « pour les besoins de sa liquidation » est tellement entrée dans les mœurs que sa répétition par les Cours et les Tribunaux en décourage l'examen. Celui-ci est cependant absolument indispensable, car cette formule assez vague constitue la seule réponse de la jurisprudence aux questions que l'on peut se poser quant à la portée et aux conditions d'application de la survie.

Il ne suffit pas en effet de prolonger l'existence de la société, il faut aussi s'entendre sur l'importance exacte que l'on donne à cette prolongation. Au premier abord l'étendue de la personnalité morale des sociétés dissoutes ne paraît pas soulever de grands problèmes : la société demeurant une personne juridique, les créanciers sociaux ont le droit de la poursuivre comme avant sa dissolution ; ils ne souffrent pas des inconvénients de l'indivision. Ce serait pourtant là un point de vue bien superficiel. La personnalité morale de la société étant maintenant restreinte aux activités de la liquidation, l'on doit se demander s'il n'y a pas là une cause d'inexécution et de résiliation (1) des contrats conclus antérieurement. D'autre part, il convient de rechercher si les tiers, qui traitent au cours de la liquidation,

N° 45. (1) Ou « résolution » s'il s'agit de contrats à exécution instantanée.

ont également droit à la qualité de créanciers sociaux. Le maintien de la personnalité morale étant limité aux besoins de la liquidation, on peut concevoir que tous les rapports juridiques, qui naissent après la dissolution, ne correspondent pas à ces besoins, et que par suite la société est à leur égard réputée disparue.

Les précisions qu'il faut apporter sur l'importance de la survie, n'épuisent cependant pas la matière. Pour être complet, il est encore nécessaire d'expliquer à quelles conditions la société subsiste en tant qu'être juridique. A vrai dire la jurisprudence n'en exige explicitement aucune ; mais comme elle lie la prolongation de la personnalité morale aux besoins de la liquidation et donc à la liquidation elle-même, on peut être fondé à penser que sans une liquidation organisée il n'y a pas de survie.

CHAPITRE PREMIER

ETENDUE DE LA PERSONNALITE MORALE DES SOCIETES DISSOUTES

Section I

Influence du caractère restreint de la survie sur l'exécution des obligations nées avant la dissolution

46. — La dissolution modifie assez profondément les conditions d'existence de la société ; celle-ci ne subsiste plus que dans un but déterminé, l'accomplissement des opérations que comporte sa liquidation. Pour cette raison il est possible de se demander si elle ne peut légitimement affirmer que son état la dispense d'exécuter les engagements qu'elle a antérieurement contractés.

Une question très semblable se pose d'ailleurs aussi pour les créanciers sociaux, car on peut concevoir que ceux-ci prétendent à leur tour se fonder sur cette situation pour rompre les relations juridiques qui ont été nouées auparavant.

D'autre part si on refuse à la société la possibilité de résilier ses contrats en cours, une autre difficulté surgit ; celle-ci peut en effet soutenir qu'elle a à tout le moins le droit de les transférer à d'autres entreprises.

§ 1. *De la possibilité pour la société de refuser d'exécuter les contrats en cours*

47. — Si la jurisprudence en dégageant le principe de survie n'a souvent statué que sur le cas de créanciers de sommes d'argent, il ne faut pas que cela restreigne pour autant la portée de ce principe. Celui-ci étant fondé essentiellement sur un souci de protection des droits des créanciers sociaux, il im-

porte de l'appliquer dans toutes les hypothèses où la sécurité de ceux-ci le réclame, et ceci quelle que soit la nature de la créance dont ils sont titulaires. Qu'il s'agisse d'une obligation de donner un objet déterminé ou une certaine quantité de choses fongibles, d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la solution doit être la même que dans l'hypothèse d'une obligation portant sur une somme d'argent (1). Par conséquent il y a lieu d'utiliser ici les règles du droit commun, et si la société refuse de s'exécuter ou y met de la mauvaise volonté, elle pourra être amenée à résipiscence par une condamnation à de lourdes astreintes.

48. — Cependant le schéma qui vient d'être tracé, ne peut pas toujours s'appliquer. Il y a des cas où la société n'est vraiment plus à même d'exécuter ses obligations. Pour se liquider elle a déjà réalisé une partie de ses biens, de ses machines ou de ses stocks ; elle ne possède plus les moyens de fournir les prestations promises. La résolution du contrat est alors inévitable et la question se pose de savoir s'il faut accompagner celle-ci d'une condamnation à des dommages-intérêts au profit des créanciers sociaux.

Un point est tout d'abord certain, c'est que l'on ne peut lui reprocher d'avoir vendu les éléments d'actif qui lui auraient permis de satisfaire à ses obligations. Les aliénations qui ont été faites, sont en effet inhérentes à sa liquidation ; elles correspondent à son but et à son esprit. Sous peine de la prolonger indéfiniment, il est indispensable que la société convertisse son patrimoine en deniers dès qu'elle en a l'occasion (1).

Mais s'il n'est pas possible de lui faire ce grief, on doit néanmoins la blâmer de s'être mise dans le cas de ne pouvoir faire honneur à ses engagements, en décidant de se liquider alors qu'elle pouvait encore continuer ses activités. Elle est de même critiquable si elle a conclu le contrat résolu tout en sachant qu'une dissolution prochaine allait l'empêcher de satisfaire son cocontractant. Elle devait l'avertir qu'il traitait à ses risques et périls, ou prendre les mesures nécessaires pour exécuter ses obligations. Un fait qui n'est pas irrésistible et imprévisible, ne constitue pas la force majeure libératoire (2).

N° 47. (1) Pour les sociétés d'assurances, en cas de retrait de l'agrément du ministre du Travail (dissolution administrative), les contrats souscrits cessent de plein droit d'avoir effet dix jours après sa publication. Art. 26 du décret-loi du 14 juin 1938. Les entreprises de capitalisation sont soumises à une règle analogue. Art. 27 du même texte.

N° 48. (1) V. *infra*, n° 48.3, note 2.

(2) En effet celui qui passe un contrat tout en connaissant les événements susceptibles d'en empêcher l'exécution ne peut pas par la suite se prévaloir

48. — 2. La dissolution n'est en effet qu'assez rarement irrésistible et imprévisible.

Les associés ont souvent le moyen de l'éviter et lorsqu'elle se produit elle n'est alors que la manifestation de leur volonté de mettre fin à l'existence de la société. Telle est l'hypothèse du *mutuus dissensus* ou de la dissolution judiciaire pour justes motifs. Cette dernière n'est que la conséquence de leur absence de désir de coopérer.

L'arrivée du terme qui n'est pas non plus absolument irrésistible puisqu'il est possible d'y obvier par un renouvellement du contrat de société, n'a en outre aucun caractère d'imprévisibilité (1). De même l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation sont aisément prévisibles par des gérants ou des administrateurs avisés et compétents.

Dans bien des cas la dissolution ne s'identifie pas à la force majeure, et c'est pourquoi l'inexécution des contrats conclus par la société est souvent fautive. Celle-ci n'a la faculté de se disculper que dans des hypothèses qui ne sont pas très fréquentes, comme par exemple celle de la réduction du nombre des associés à moins de sept dans la forme par actions et au-dessous de deux dans les autres types.

La mort, la déconfiture, la faillite ou l'interdiction d'un associé, la perte des apports ou des trois quarts du capital social sont aussi susceptibles de la libérer lorsqu'il n'a pas été véritablement possible de les prévoir.

Si ces événements ne sont pas absolument irrésistibles puisqu'il y a moyen en ce cas d'écarter la dissolution par une clause de l'acte de société ou par une convention ultérieure (2), on doit admettre qu'ils ne sont pas nécessairement prévisibles. Certes tout homme est mortel, l'interdiction, la déconfiture ou la faillite peuvent toujours survenir dans la personne d'un associé, le capital social et les apports ne sont jamais à l'abri d'une perte, mais en réalité il faut bien reconnaître qu'il est difficile

de la force majeure. Voir H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Sirey, tome 2 (4^e éd.), n° 1576 *in fine*.

N° 48-2. (1) Il est même tellement prévisible que l'on pourrait presque soutenir que les créanciers sociaux, en étant avertis par la publicité des statuts de la société, ont traité avec elle à leurs risques et périls. Ce serait toutefois un raisonnement spécieux ; ils sont en effet en droit de penser que si la société souscrit à certaines obligations, c'est qu'elle a les moyens de les exécuter avant l'arrivée du terme.

(2) Toutefois si en Droit la dissolution pour perte des apports ou des 3/4 du capital social ne s'impose pas aux associés (*supra*, n° 22) il y a lieu de remarquer qu'en pratique il est presque toujours nécessaire de dissoudre la société, celle-ci n'ayant plus les ressources indispensables à la réalisation de son objet et à l'exécution de ses obligations,

de prévoir à la date de la conclusion du contrat que l'un de ces malheurs frappera la société ou tel ou tel de ses membres avant que les créanciers sociaux n'aient reçu satisfaction. C'est pourquoi on peut considérer que dans ces hypothèses la société n'a commis aucune faute.

Toutefois il y a lieu de remarquer que pour qu'il en soit ainsi il est indispensable qu'aucun signe avant-coureur de ces événements ne se soit manifesté au moment où la société s'est engagée envers les créanciers sociaux. Or, cette condition n'est pas toujours réunie ; il peut se faire que l'associé décédé ait été atteint dès cette époque d'une grave maladie ou que les finances sociales se soient déjà trouvées dans un pitoyable état.

48. — 3. La jurisprudence se montre d'ailleurs assez stricte. Dans toutes les espèces où il lui semble que l'impossibilité d'exécuter tient à une faute de la société, elle n'hésite pas à la sanctionner par de lourds dommages-intérêts. Elle a eu notamment assez souvent l'occasion de le faire à la fin du XIX^e siècle, à un moment où beaucoup de compagnies de chemin de fer, dont le fonctionnement n'était pas très rentable, trouvaient plus avantageux de se faire racheter leurs réseaux par l'Etat et de se dissoudre ensuite. Ces compagnies, qui avaient émis de nombreux emprunts obligataires, prétendaient les résilier sans aucune compensation pour leurs prêteurs. La Cour de cassation à qui des affaires de ce genre furent à plusieurs reprises soumises (1), s'est toujours prononcée contre la société débitrice. L'état de liquidation, ainsi qu'elle le fait remarquer, empêche certes la société d'assurer le service régulier de l'emprunt, et de ce fait l'on ne peut la forcer à s'exécuter (2) ; mais en sollicitant de l'Etat le rachat de son réseau elle a commis une faute, car elle s'est mise volontairement dans la nécessité de se dissoudre sans pouvoir satisfaire aux engagements qu'elle avait souscrits. Elle doit donc indemniser les obligataires du préjudice qu'ils subissent.

Cependant lorsque l'être social a été réellement obligé de se dissoudre et qu'il n'a plus les moyens d'exécuter ses obliga-

N° 48-3. (1) Liquidation de la Compagnie des Chemins de Fer Nantais : Cass. civ., 2 févr. et 10 mai 1887, S., 188.I.63 liquidation de la Compagnie des Chemins de fer du Rhône : Cass. civ., 20 juill. 1904, S., 1906.I.25. Pour un contrat de travail, voir : Paris, 4 nov. 1886, S., 1886.II.235.

(2) Cass. civ., 2 févr. 1887, précité : « Attendu que si une société en liquidation est tenue de remplir ses engagements envers les tiers dans les termes mêmes ou ils ont été contractés, il ne saurait en être ainsi lorsque cette exécution implique nécessairement le fonctionnement régulier et continu de la société dissoute, et est par suite inconciliable avec le fait de la liquidation, dont l'objet est d'opérer le plus promptement possible la réalisation de l'actif et l'extinction du passif ».

tions, on ne peut faire autrement que de le dispenser de verser des dommages-intérêts. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation de Rome (3) dans un litige qui opposait une entreprise de chimie et son représentant. Cette société, qui fabriquait des spécialités pharmaceutiques d'un genre particulier, avait été conduite à de dissoudre par la mort de l'un de ses associés qui était seul au courant de la préparation des médicaments dont il était l'inventeur. Malgré l'impossibilité qu'il y avait de poursuivre la production, l'agent commercial de cette firme prétendait maintenir son contrat de représentation, ou, à défaut, percevoir une indemnité. Les magistrats romains écartèrent sa demande, car, dirent-ils, aucun reproche ne pouvait être fait à la société : la mort de l'un de ses membres avait été imprévisible et qui plus est irrésistible, puisque celui-ci, seul capable de diriger la fabrication, n'était pas susceptible d'être remplacé. La dissolution était inévitable, et par suite la société n'avait pas à réparer un préjudice qui n'était pas survenu par sa faute.

*§ 2. De la faculté pour les créanciers sociaux
de se prévaloir de l'état de liquidation pour rompre
les rapports juridiques antérieurement établis*

49. — Cette question ne se pose que dans le cas où la société a les moyens et le désir de faire honneur à ses engagements. S'ils en est autrement il ne peut guère y avoir de litige que sur l'existence et le montant des dommages-intérêts réclamés par les créanciers sociaux.

50. — Pour la résoudre il faut définir l'influence de la dissolution sur les ressources dont dispose la société pour réaliser l'objet prévu au contrat (1). Si celles-ci se trouvent profondément modifiées, les créanciers sociaux ont le droit de craindre que les obligations, dont il sont les bénéficiaires, ne soient pas exécutées dans les conditions promises.

La liquidation, on l'a déjà noté, apporte de grands change-

(3) Cass. civ. Rome, 7 mars 1911, S., 1911.II.IV.9, note Wahl ; — jurisprudence belge : Cass. civ., 28 avril 1922, *Pas.*, 1922.I.255 ; Trib. de commerce de Gand, 17 févr. 1912, *Juris-classeur commercial des Flandres*, 1913, n° 3980.

N° 50. (1) Pour justifier cette demande de résiliation, les créanciers sociaux n'ont pas le droit d'objecter à la société que la liquidation ayant pour but d'opérer rapidement la réalisation de son actif et l'appurement de son passif, l'exécution du contrat serait incompatible avec son état. Ceci ne regarde qu'elle, et ce n'est pas à ses adversaires de veiller à la défense de ses intérêts contre son gré.

ments dans la vie de la société. Celle-ci perd ses représentants habituels, gérants ou administrateurs qui sont remplacés par un liquidateur ; ses capacités techniques et financières sont assez souvent amoindries, elle a vendu ses machines et une partie de son personnel l'a quittée. Dans ces circonstances les créanciers sociaux ont une raison valable de mettre un terme aux relations juridiques antérieurement établies, car l'exécution de l'obligation a toutes les chances d'être défectueuse ou, dans la meilleure hypothèse, différente de celle qui avait été envisagée au contrat. Mais pour cela, il faut qu'au moment de la conclusion de celui-ci ils aient pris en considération les éléments caractéristiques de l'être social qui sont transformés. Il est nécessaire qu'ils aient traité *intuitu personae* (2), sans quoi ils ne seraient pas fondés à se plaindre. Tout est une question de fait, et dans chaque cas on doit rechercher quelle importance ont pu avoir dans l'esprit des créanciers sociaux la personnalité des dirigeants et les capacités techniques et financières de la société, ou encore tel ou tel trait particulier de celle-ci qui se trouve affecté par la dissolution.

51. — La jurisprudence apprécie d'ailleurs toujours avec soin les circonstances qui ont entraîné la conclusion du contrat, et les changements qui ont pu survenir dans les éléments pris en considération par les créanciers sociaux.

Quand il n'y a aucun doute sur le fait que l'*intuitu personae* a présidé à l'établissement des relations juridiques (1), et que celui-ci est modifié, les Cours et les Tribunaux n'hésitent pas à prononcer la résolution du contrat. Dans un litige tranché par la Cour de Paris le 13 avril 1911 (2), il s'agissait d'un mandat confié par un fabricant de bonneterie à une société en nom collectif pour représenter ses articles à l'exportation. L'un des associés en nom étant mort avant l'expiration du contrat, le survivant, qui liquidait l'entreprise, en exigeait le maintien ; sa prétention fut repoussée, car, dit l'arrêt, les mandants ne pouvaient être obligés de confirmer à l'associé liquidateur seul « un mandat qu'ils avaient consenti à la so-

(2) En comprenant cette expression dans un sens très large : toutes les particularités d'une entreprise que les tiers peuvent prendre en considération avant d'établir des rapports juridiques avec elle.

N° 51. (1) En ce qui concerne le contrat d'entreprise qui est d'un usage très fréquent, puisqu'on le retrouve sous les traits d'un grand nombre de contrats usuels : contrats de publicité, d'édition, d'impression, de spectacles, de déménagement, de culture, de courtage, d'agent d'affaires, d'hospitalisation, il y a souvent *intuitu personae*. Pour le contrat d'édition, voir : Paris, 20 avril 1894, D., 1894.II.241 et 10 janvier 1896, D., 1896.II.326.

(2) S., 1912.II.247.

ciété en considération de la personne de chacun des associés » (3).

Toutefois si la jurisprudence admet assez facilement l'existence de l'*intuitu personnae* dans un contrat, elle exige par contre que les traits particuliers de la société, qui ont déterminé les créanciers sociaux à contracter, soient véritablement affectés par la dissolution. C'est ainsi que dans une affaire soumise à la Cour de Poitiers le 13 février 1895 (4) le client d'une compagnie d'assurances qui dans le dessein d'éviter de payer des primes à échéance prochaine arguait de l'état de liquidation pour résilier son contrat, fut débouté de sa demande parce qu'il n'avait pas apporté la preuve de ce que les ressources financières de sa débitrice étaient amoindries au point de la mettre dans l'impossibilité de pourvoir à ses engagements en cas de réalisation d'un sinistre.

52. — Il arrive parfois que des créanciers sociaux qui ont le droit d'obtenir la résolution de leurs contrats préfèrent cependant les maintenir pour des raisons diverses. La question se pose alors de savoir s'ils sont fondés à exiger de la société la remise de sûretés nouvelles pour assurer leur protection (1).

En s'appuyant sur le principe général qui autorise les créanciers à provoquer des mesures conservatoires destinées, sans modifier le contrat ni la situation respective des parties, à protéger leurs intérêts compromis, on pourrait essayer de soutenir cette prétention. Les articles 1180, 1961, 2020 et 2031 du Code civil qui prévoient cette faculté dans le cas du créancier conditionnel, de la caution, du débiteur hypothécaire ou du séquestre, n'auraient aucun caractère limitatif, mais seraient au contraire l'application d'un principe d'une portée plus étendue (2).

La Cour de cassation qui a eu à se prononcer sur ce problème lors de la liquidation de la compagnie des chemins de fer Nantais (3), a nettement pris parti contre cette conception. Elle a cassé l'arrêt qui avait octroyé des sûretés à l'un des obli-

(3) Le Tribunal de cassation avait d'ailleurs déjà donné la même solution dans une affaire analogue le 11 Vendémiaire an VII, S., 1791, p. 106.

(4) Poitiers, 13 février 1895, R.S., 1895, p. 430.

N° 52. (1) La sécurité que confère une sûreté ne présente pas d'intérêt que dans le cas d'une obligation portant sur une somme d'argent. Dans les obligations de faire, de ne pas faire ou de donner autre chose qu'une somme d'argent, elle permet de garantir le paiement des dommages-intérêts s'il y a inexécution totale ou défectueuse.

(2) AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 3^e éd., tome 4, § 311, p. 117; DEMOLOMBE, *Contrats et obligations*, tome 2, 1882, n° 51, 609, 625 et 692.

(3) Cass. civ., 6 janv. 1885, D.P., 1885.I.55; S., 1888.I.59.

gataires de la société dissoute, qui au contraire des autres n'avait pas sollicité la résiliation de son contrat de prêt :

« Attendu que si la mise en liquidation de la Compagnie des Chemins de fer Nantais, a modifié notablement la condition des obligataires, créanciers de cette compagnie, en arrêtant le fonctionnement de la société et en faisant disparaître la chance des bénéfices de l'exploitation sur laquelle les créanciers pouvaient compter pour assurer le paiement de leurs créances ... justifiait peut être une résolution du contrat ... mais non son exécution dans des conditions autres que celles qui ont été stipulées ».

Cette solution est parfaitement justifiée, et ceci pour plusieurs raisons.

Il faut tout d'abord remarquer qu'il est à peu près impossible pour une société en liquidation de conférer des sûretés nouvelles à ses créanciers. Il est douteux par suite de son état qu'elle puisse trouver une caution, et elle ne peut grever ses propres immeubles d'une hypothèque sans en compromettre la vente et par conséquent entraver sa liquidation.

D'autre part à côté de cet obstacle de fait, il y a un argument de droit beaucoup plus important. A défaut de sûretés spéciales concédées aux obligataires au moment de la conclusion du contrat, les juges n'ont pas le pouvoir d'en créer sous la forme de mesures conservatoires, car ils changeraient l'économie du contrat. Ils doivent certes scruter l'intention des parties et constater leurs conventions lorsqu'un litige leur est soumis, mais ils ont aussi pour devoir de ne rien modifier dans ce contrat. Ils n'ont pas le droit de substituer une prestation à une autre, une clause à celle qui a été adoptée. Toute inobservation de cette règle constituerait un excès de pouvoir (4).

Enfin l'argument tiré des textes du Code civil et exposé ci-dessus n'est pas très probant. On peut facilement le retourner. Si en effet il y a véritablement un principe général autorisant de telles mesures de sûreté au profit des créanciers, on ne voit pas pourquoi les auteurs du Code civil ont crû bon de préciser son existence à propos de quelques hypothèses particulières.

§ 3. *Du droit de la société de transférer ses contrats en cours à une autre entreprise*

53. — Ce transfert présente un grand intérêt pour la société et ceux de ses créanciers qui ne sont pas titulaires des contrats

(4) Cass. civ., 15 avril 1872, S., 1872.I.232 et 5 août 1878, S., 1879.I.163.

en question. Ceux-ci font en effet en quelque sorte partie de l'actif et augmentent la valeur de revente du fonds de commerce social. C'est pourquoi il peut y avoir avantage à ne pas les exécuter et à les céder à une autre entreprise avec les éléments du patrimoine dont ils dépendent.

Cette combinaison paraît tout d'abord impossible, car elle réalise une cession de dettes, ce qui est interdit par le Code civil. La jurisprudence s'est montrée cependant très compréhensive, elle a tenu compte des nécessités de la liquidation et elle a autorisé ce transfert (1).

Elle y met néanmoins quelques conditions ; ce sont précisément les conditions opposées à celles qu'elle exige des créanciers sociaux titulaires de ces contrats pour leur permettre de les résilier (2). Il faut que *l'intuitu personnae* n'ait pas présidé à leur formation, et que la cession n'en compromette ni n'en altère l'exécution.

Elle prend d'ailleurs toujours soin de souligner l'existence de ces deux éléments lorsqu'elle permet à la société dissoute d'effectuer ce transfert. C'est ainsi qu'à propos de la cession d'un contrat de transport de bois un arrêt de la Chambre civile (3) relève que le contractant « n'avait pas eu en vue les qualités personnelles des membres de la société ... et que le cessionnaire présentait toutes les garanties requises quant au matériel utilisé et à ses capacités financières ... ».

De même une des décisions du Tribunal de commerce de la Seine qui ont eu à trancher les litiges soulevés par l'absorption de la Banque Hypothécaire par le Crédit foncier, constate qu'eu égard aux circonstances de la cause, les obligataires créanciers de la société dissoute ne pouvaient prétendre avoir traité uniquement en considération de sa personnalité, et que d'autre part l'établissement acquéreur de son patrimoine était d'une

N° 53. (1) Mais seulement dans l'hypothèse d'une véritable fusion. L'article 27 du décret-loi du 14 juin 1938 relatif à la liquidation des sociétés d'assurances et de capitalisation, autorise le ministre du Travail sur requête du liquidateur et rapport du juge chargé de contrôler ses opérations, à décider le transfert de tout ou partie des contrats à une ou plusieurs autres sociétés. Il en a été de même pour la liquidation des sociétés de crédit différé non conformes à la loi du 24 mars 1952. Cette loi en son article 12, alinéas 1 et 2, permet avec l'approbation du ministre des Finances le transfert des gagements aux sociétés conformes. Les créanciers sont avisés individuellement de ce transfert et disposent d'un mois pour présenter leurs observations.

(2) Voir *supra*, n°s 50 et 51.

(3) Cass. civ., 10 mai 1897, D., 1898.I.173, S., 1898.I.448 ; Voir aussi pour un contrat de transport de bois, Cass. civ., 5 févr. 1924, D., 1925.I.199, et pour un contrat de fournitures de charbon : Cass. civ., 16 avril 1872, D., 1873.I.73.

solidarité financière suffisante pour assurer le paiement de l'emprunt dont il était devenu le cessionnaire (4).

54. — Lorsque la cession est autorisée, les créanciers sociaux ne semblent pas avoir le droit de se retourner contre la société dissoute au cas d'inexécution du contrat par le cessionnaire. Le rapport juridique antérieur est en effet définitivement rompu. Il en est à plus forte raison ainsi lorsqu'ils ont eux-mêmes consenti à cette cession.

Toutefois il ne faudrait pas que la société cédante ait caché l'incapacité du cessionnaire de remplir ses obligations. Dans ce cas elle aurait commis une faute en n'avertissant pas les titulaires des contrats de la mauvaise posture de leur futur débiteur. Elle en serait responsable et devrait réparer le préjudice survenu. Mais il est nécessaire pour cela que cette incapacité ait existé ou ait été prévisible au moment du transfert du contrat. La jurisprudence se montre à ce sujet assez stricte (1).

55. — Les restrictions apportées à la personnalité morale de la société dissoute ne constituent pas en principe une cause de résolution des contrats antérieurement conclus, une excuse pour lui permettre de ne pas y satisfaire. Subsistant en tant qu'être juridique, elle ne peut se dérober aux obligations qu'elle a souscrites ; la règle *Pacta sunt servanda* lui demeure applicable, et si elle refuse de s'exécuter, elle doit être condamnée à verser des dommages-intérêts aux créanciers sociaux.

Ce n'est que dans des hypothèses très particulières qu'elle peut se dispenser de faire honneur à ses engagements sans encourir une responsabilité quelconque. Il faut pour cela que son inexécution tienne à un fait qui ait été à la fois irrésistible et imprévisible, ce qui est rarement le cas des événements qui entraînent sa mise en liquidation.

Au contraire les créanciers sociaux ont assez souvent le droit d'obtenir la résolution des contrats qu'ils ont passés avec la société. Il leur suffit de prouver que ceux-ci ont été conclus *intuitu personnae* et que les éléments qu'ils avaient pris en considération se trouvent affectés par la dissolution.

(4) Trib. de commerce de la Seine, 25 juin 1883, *J.S.*, 1883.724. Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, article 10, les obligataires ont le droit de demander leur remboursement dans les trois mois qui suivent la fusion. Voir aussi pour une affaire analogue : Dijon, 29 janvier 1878, *D.*, 1879.II.37.

N° 54. (1) Cass. civ., 19 févr. 1890, *D.*, 1890.I.241 ; 4 arrêts, Liquidations des Compagnies de Chemins de fer d'Elbeuf à Evreux, d'Acquigny à Dreux, de Gisors à Pont-de-l'Arche, et d'Evreux à Elbeuf.

Section II

Des obligations contractées par la société après sa dissolution

56. — La jurisprudence limitant la survie de l'être moral aux seuls besoins de la liquidation (1), il semble difficile d'admettre que la société puisse contracter de nouvelles obligations au cours de celle-ci. Pourtant cela est possible, et d'autres créanciers sociaux peuvent apparaître ; les Cours et les Tribunaux leur reconnaissent même une cause de préférence à l'encontre de ceux dont la créance est née avant la dissolution.

§ 1. *De l'existence de la société en tant que personne juridique à l'égard de ces nouvelles obligations*

57. — La personnalité morale dont jouit maintenant la société ne peut être la même que celle qu'elle possédait avant sa dissolution. Il faut en effet tenir compte de ce que son existence est un défi à la logique juridique, tout porte à croire qu'elle est disparue (1). Par principe on doit la considérer comme morte et non pas comme vivante. En consacrant la solution inverse la jurisprudence a commis une infraction à ce principe. Dès lors la fiction de survie est nécessairement d'une interprétation stricte, et il ne convient pas de l'étendre en dehors des besoins pour lesquels elle a été établie, c'est-à-dire en dehors des besoins de la protection des créanciers sociaux et de la commodité des associés.

D'autre part si l'on veut éviter de semer le désordre dans les relations commerciales, il faut empêcher une continuation de fait et indéfinie de la société (2).

58. — Pour ces raisons il ne peut y avoir de contrats valables après la dissolution que lorsqu'il existe un lien de connexité entre ceux-ci et les besoins de la liquidation. Si ce lien fait défaut, les contrats conclus avec la société sont sans valeur. En dehors de ces besoins de la liquidation il n'y a pas de survie, la société n'est plus une personne juridique et elle est frappée d'une incapacité de jouissance complète. Par suite le liquidateur ne saurait la représenter et nouer avec des tiers des rela-

N° 56. (1) Voir *supra*, n° 26.

N° 57. (1) Voir *supra*, nos 21 et 22.

(2) Voir *supra*, n° 23. Cette considération revêt encore plus d'importance lorsqu'il s'agit d'une dissolution judiciaire ou administrative prononcée pour infraction à certaines dispositions d'ordre public.

tions juridiques qui n'intéressent nullement la liquidation. Il ne ferait qu'agir au nom d'une personne imaginaire.

59. — Si la règle est assez simple, son application est cependant plus malaisée, car il faut déterminer quand il y a un lien de connexité entre les rapports juridiques contractés et les besoins de la liquidation.

Lorsqu'il s'agit de contrats qui ont pour objet la réalisation des biens de la société, on doit sans aucun doute les considérer comme valables. Ils sont le type même de l'opération de liquidation, car en convertissant en deniers le patrimoine social ils permettent de payer les créanciers sociaux, de terminer rapidement la liquidation, et de mettre un terme à la vie de l'être moral.

Mais toutes les hypothèses qui sont susceptibles de se présenter ne peuvent pas toujours être aussi facilement résolues. Certaines méritent de la réflexion.

Il y a des contrats dont la validité est au premier abord douteuse. Ce sont tous ceux qui ne constituent apparemment qu'une prolongation de la vie antérieure de la société, qui ne se rattachent pas directement à la vente de l'actif social. Tel est par exemple le cas de ceux qui sont conclus par une société de négoce pour renouveler le stock de son magasin de vente au détail, ou par une compagnie minière pour écouler sa production. Ces rapports juridiques postérieurs à la dissolution (1) ne semblent pas présenter beaucoup de connexité avec les besoins de la liquidation, et l'on pourrait être tenté de répondre que des opérations de ce genre sont nulles.

Ce serait pourtant là un jugement peu nuancé. Il faut en effet observer que la liquidation d'une société est une chose parfois fort longue ; l'inventaire, le recouvrement des créances, la détermination du passif et la recherche d'un moment favorable pour vendre dans de bonnes conditions les biens de la société demandent souvent plusieurs années. Dès lors si l'on ne veut pas laisser dépérir le patrimoine social et donc le gage des créanciers sociaux, on doit accomplir tous les actes que nécessite la conservation de ses différents éléments. Ces actes sont divers. Ce sont par exemple des travaux de réparation sur un immeuble qui permettront de le maintenir en bon état et de le réaliser à un bon prix. C'est aussi l'achat de marchandises pour renouveler le stock du magasin de vente de la société, car si celui-ci reste bien achalandé sa clientèle lui demeure fidèle.

N° 59. (1) On les qualifie parfois du terme « d'opérations nouvelles ».

Toutes ces opérations ne sont pas sans connexité avec les besoins de la liquidation, avec la protection des droits des créanciers sociaux et des associés. Elles évitent une dépréciation de ce qui est le gage des uns et la propriété future des autres. C'est pourquoi il faut considérer que tous les actes juridiques qu'elles nécessitent, sont valables. Il suffit qu'il n'en résulte pas une prolongation indéfinie de la vie de la société. Celle-ci ne doit pas s'engager pour une trop longue période.

Tout ceci n'est d'ailleurs qu'une question de fait. Les règles que l'on vient de présenter ne peuvent être que des guides. Il est impossible de donner à l'avance une liste complète des contrats qui sont permis et de ceux qui sont interdits. Dans chaque cas il est nécessaire de rechercher quel a été le but du contrat contesté et d'examiner si celui-ci n'implique pas une durée de la vie sociale par trop supérieure à celle de la liquidation.

60. — C'est ce que fait la jurisprudence, elle étudie toujours avec soin les circonstances des affaires qui lui sont soumises.

Elle a ainsi annulé un contrat de cession de bail parce que la société, étant garante aux termes de ce dernier de la solvabilité de ses successeurs, cela l'aurait engagé jusqu'à une échéance trop lointaine (1). L'opération supposait une persistance de l'être moral qui était incompatible avec la durée normale de sa liquidation (2).

Par contre lorsque les contrats en litige ne sont pas conclus pour une période trop longue, et s'il est prouvé qu'ils présentent une utilité certaine pour la conservation de l'actif social, les Cours et les Tribunaux n'hésitent pas à reconnaître leur validité. C'est ce qui se produit fréquemment pour eux dont le but est l'achat ou la vente de fournitures destinées à maintenir en activité le fonds social (3). La Cour de Paris a même admis le renouvellement du bail dont jouissait la société dissoute, car c'était en l'occurrence le seul moyen de préserver son fonds de commerce d'une dépréciation totale (4).

Cependant il ne faudrait pas conclure de tout ceci que la

N° 60. (1) Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1953, *Bull. cass.*, 1953.III, n° 44, p. 32; D., 1953, 236.

(2) La société n'a pas un délai déterminé pour accomplir sa liquidation, mais celle-ci doit être opérée le plus rapidement possible. Voir *supra*, n° 48.3, note 2.

(3) Lyon, 29 juillet 1852, D., 1854.II.101; Dijon, 17 mars 1862, D., 1862.II.94; Marseille, 14 juin 1910, *J.S.*, 1918, p. 458. Voir aussi Cass. civ., 5 mars D.1850.I.167.

(4) Paris, 26 octobre 1933, D.H., 1934.27. Voir aussi pour des affaires analogues : le Havre, 21 sept. 1904, *J.S.*, 1906, p. 111; Trib. civ. de la Seine, 13 juill. 1883, *R.S.*, 1883.735.

jurisprudence donne son appui à n'importe quelle opération du moment qu'elle présente une connexité apparente avec les besoins de la liquidation. Elle apporte beaucoup d'attention à la vérification des faits qui sont invoqués, et elle recourt souvent à l'enquête et à l'expertise (5), ce qui l'amène parfois à annuler des contrats qui de prime abord semblaient parfaitement valables (6).

61. — On n'a jusqu'ici envisagé que la naissance de liens juridiques contractuels, il importe maintenant d'examiner le cas des obligations délictuelles et quasi-délictuelles. Il faut rechercher quelle peut être l'existence de la société à leur égard.

A suivre le raisonnement précédemment exposé on devrait en tirer cette conséquence que la société est complètement disparue en ce qui concerne ce genre d'obligations. Il est en effet impossible de soutenir qu'il s'agit là d'actes juridiques qui facilitent la liquidation ou qui protègent le gage des créanciers sociaux.

Ce ne serait pourtant là qu'un sophisme, car il est inadmissible qu'un être moral qui subsiste pour les besoins de sa liquidation et qui à cette occasion est susceptible de commettre des délits ou des quasi-délits, soit définitivement éteint quand il lui faut réparer le préjudice survenu. Si la société cause un dommage, c'est qu'elle vit ; elle doit donc indemniser ses victimes. Et il ne sert à rien de dire que le délit ou le quasi-délit est non pas le fait de la société mais celui du liquidateur, car celui-ci est l'organe de la personne morale et sa faute est nécessairement celle de cette dernière.

C'est pourquoi on est conduit à reconnaître que la société conserve son existence juridique quant à la responsabilité qui lui incombe du fait des délits ou des quasi-délits dont elle se rend coupable.

La jurisprudence, qui n'a eu que très rarement à statuer sur ce problème, partage ce point de vue. Malheureusement elle ne donne aucune explication de la solution qu'elle préconise. Ainsi un arrêt de la Cour de Lyon du 20 mars 1913 se contente de l'affirmation suivante :

« ... Attendu qu'une société dissoute continue à subsister pour les besoins de sa liquidation, soit activement, soit passi-

(5) Paris, 17 janv. 1931, S., 1931.II.238.

(6) Cass. civ., 25 août 1879, S., 1881.I.447 ; D. 1879.I.465 ; Cass. req., 4 août 1880, S., 1881.I.56 ; Paris, 15 juill. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.II.534.

vement ... la liquidation peut jouer le rôle de tiers responsable ... » (1).

Il est cependant indispensable de la justifier car elle paraît en contradiction avec la notion de besoins de la liquidation, telle qu'elle a été définie. Pour atteindre ce but il n'y a guère d'autre moyen que de concevoir la survenance de ces délits ou de ces quasi-délits comme l'accessoire des opérations de la liquidation. Toutefois il ne faut pas perdre de vue que c'est là un argument d'une assez faible valeur, et que le point de vue adopté par la jurisprudence repose avant tout sur une nécessité pratique. La société survivant à sa dissolution, on ne peut lui laisser ainsi la possibilité de causer des dommages sans en la rendre responsable.

62. — Avant d'abandonner cette question des engagements postérieurs à la dissolution, il convient encore de préciser quelles sont les personnes qui ont le droit d'exciper de leur nullité. Tout dépend, semble-t-il, de la raison pour laquelle la nullité doit être prononcée.

Si le contrat contesté est annulable parce qu'il engage la société pour une durée inconciliable avec celle de sa liquidation, il faut décider que toute personne, qui y a intérêt, peut s'en prévaloir. Dans ce cas en effet la nullité résulte d'une infraction à une règle ayant un caractère d'ordre public : la prohibition de la continuation de fait et indéfinie de la société (1).

Si au contraire elle ne provient que d'un manque de connexité avec les besoins de la liquidation, il vaut mieux n'y voir qu'une nullité relative. Seuls les créanciers sociaux et la société sont fondés à la demander, car l'opération contestée ne lèse qu'eux en augmentant le passif et en compliquant la liquidation sans pour cela contribuer à la conservation du patrimoine social.

§ 2. *De la situation respective des créanciers sociaux antérieurs et postérieurs à la dissolution*

63. — Du moment que l'on admet dans certains cas la validité d'engagements postérieurs à la dissolution et donc l'apparition de créanciers sociaux nouveaux, il importe de définir la situation de ceux-ci et de rechercher s'ils n'ont pas droit à une

N° 61. (1) Lyon, 20 mars 1913, *La loi* du 22 oct. 1913 ; *Moniteur de Lyon* du 16 oct. 1913 (chute de l'enseigne du fonds de commerce de la société).

N° 62. (1) Voir *supra*, n° 23, *in fine*.

cause de préférence par rapport à ceux dont la créance est antérieure à la dissolution.

Plusieurs auteurs, adoptant une opinion qui est depuis longtemps répandue dans la doctrine, se contentent simplement de déclarer qu'ils disposent d'un privilège (1), mais c'est là, semble-t-il une solution erronée, car elle est trop générale et trop vague.

Il ne peut y avoir en effet de cause de préférence que pour les créanciers qui ont réellement contribué à la conservation de l'actif social (2), car ils sont les seuls qui soient fondés à invoquer les textes du Code civil qui prévoient un privilège au profit de ceux dont l'action a préservé le gage commun. Les autres, les créanciers qui sont titulaires de contrats qui portent sur la réalisation du patrimoine social (3), ou qui poursuivent la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit (4), n'ont absolument pas le droit de se réclamer de ces dispositions. Ils n'ont aucunement participé à la protection des biens de la société.

De plus, même ainsi expliquée, cette cause de préférence doit être justifiée. Il faut faire observer quelle est indispensable à la gestion de la liquidation, que sans elle la société ne trouverait pas de tiers qui acceptent de nouer des relations juridiques avec elle une fois sa dissolution survenue.

Si l'on s'abstient de mettre cette idée en relief, il n'est guère possible de comprendre comment certaines créances peuvent être privilégiées du seul fait de l'état de liquidation de l'être moral.

64. — Par ailleurs il convient de préciser sur quels articles du Code civil l'on entend appuyer l'existence de ce privilège. C'est là un point très important, car l'ordre de collocation de tous les créanciers sociaux en dépend.

La jurisprudence est malheureusement restée à ce sujet assez indécise, et les conceptions qui semblent l'emporter ne sont pas à l'abri de toute critique. Dans un arrêt du 17 mars 1862 la Cour de Dijon s'est expressément référée à l'alinéa 3 de l'article 2102, qui vise les frais faits pour la conservation de la chose (1). Cette solution est sans aucun doute la plus juridique, car elle est une application normale de ce texte ; c'est probablement pour cela qu'on la retrouve dans d'autres déci-

N° 63. (1) HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit commercial*, Dalloz, 1953, tome I, n° 488 et les renvois.

(2) Voir *supra*, n° 59.

(3) Voir *supra*, n° 59.

(4) Voir *supra*, n° 61.

N° 64. (1) D., 1862.II.94.

sions (2). Toutefois elle n'apporte pas une protection totale aux créanciers sociaux qui en sont les bénéficiaires. Le rang de ce privilège et le fait qu'il n'est pas général mais spécial à certains meubles, en restreignent l'efficacité.

C'est peut être pour cette raison que la Cour de cassation a préféré se fonder sur l'alinéa 1 de l'article 2101 qui concerne les frais de justice. Un arrêt de la Chambre des requêtes déclare en effet que « le privilège établi par l'alinéa 1 de l'article 2101 du Code civil pour les frais de justice, s'étend à tous les frais faits dans l'intérêt commun des créanciers pour la conservation, la liquidation et la réalisation des biens du débiteur ... » (3).

Cette dernière conception qui a été également adoptée par la Chambre civile (4), semble cependant assez peu exacte. Elle repose sur une interprétation singulière et très extensive de la notion de frais de justice, car si les dépenses engagées pour une apposition de scellés ou pour soutenir la société dans un procès ont une certaine affinité avec ceux-ci, il est hors de doute que les créances qui résultent d'un contrat de fournitures de matières premières ou d'avances en compte courant (5) ne s'y rattachent pas. Le texte en question ne peut leur être appliqué qu'en élargissant considérablement cette notion de frais de justice. Or cela ne paraît guère possible puisqu'il est de principe que les privilèges sont de droit étroit (6).

C'est pourquoi la position de la Cour de Dijon est beaucoup plus juridique et doit seule être approuvée. Malheureusement les arrêts de la Cour suprême ont notablement influencé les juridictions du fond, et des décisions encore assez récentes reproduisent son erreur (7).

65. — Quel que soit le parti que l'on prenne sur le fondement qu'il convient de donner à ce privilège, il importe de donner quelques éclaircissements sur ses conditions d'application. Celles-ci sont au nombre de deux.

Les créanciers sociaux qui veulent en bénéficier ont tout

(2) Trib. de commerce de la Seine, 17 octobre 1888 ; Dalloz, répertoire pratique, supplément *Sociétés*, n° 629 ; Paris, 16 déc. 1841, D.P., 1842.II.144, et 20 nov. 1894, J.S., 1895.35 ; Grenoble, 10 janv. 1902, D.P., 1902.II.478. Voir aussi : Paris, 4 févr. 1880, J.S., 1182.581.

(3) Cass. req., 1^{er} avril 1890, D., 1891.I.364.

(4) Cass. civ., 21 janv. 1908, J.S., 1909, p. 491.

(5) Créances privilégiées par ces deux derniers arrêts.

(6) Cass. req., 18 mai 1831, S., 1831.I.221 : « Attendu que tout privilège en général ... doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi, et qu'il n'est pas permis de l'étendre à d'autres cas par voie d'analogie ... ».

(7) Caen, 17 févr. 1928, S.J., 1928.591.

d'abord l'obligation de justifier de ce que leur diligence a contribué véritablement à la conservation du gage commun. Il ne suffit pas de démontrer que le contrat passé avec la société a été conclu dans le but d'éviter une dépréciation du patrimoine social, il faut aussi prouver qu'il l'a réellement empêchée. Plus que l'intention, c'est le résultat qui compte.

De plus cette conservation du gage commun doit présenter un intérêt pour le créancier à qui on oppose le privilège. Si celle-ci n'avait pour lui aucune utilité, la cause de préférence perdrait sa raison d'être (1). C'est ainsi que la jurisprudence a refusé de privilégier un créancier qui avait prêté de l'argent à la société pour lui permettre de payer ses impôts et de soustraire ses biens à une saisie qui en aurait entraîné une vente à vil prix. Cela n'avait en effet procuré aucun avantage aux autres créanciers sociaux, car ils étaient tous munis d'une hypothèque très ancienne qui n'était pas susceptible d'être primée par le privilège du Trésor (2).

Si ces deux conditions sont les seules, il faut cependant souligner qu'il n'y a que les créanciers dont le titre est postérieur à la dissolution qui ont droit à une cause de préférence. Ceux dont le contrat a été conclu au cours de la vie active de la société ne peuvent être privilégiés, même s'ils ont exécuté leurs obligations pendant la liquidation.

C'est à tort que la Cour de Dijon a accordé un privilège à des fournisseurs de matières premières, qui avaient traité avec la société avant sa dissolution, sous le prétexte que leurs livraisons avaient été effectuées durant la liquidation (3).

Cette solution est critiquable, car elle se concilie mal avec le but du privilège institué qui est de permettre à la société de trouver facilement des tiers qui acceptent de nouer des relations juridiques avec elle une fois la dissolution survenue. D'autre part elle tend à multiplier le nombre des créanciers privilégiés. Beaucoup de contrats passés pendant la vie active de l'être moral et exécutés au cours de sa liquidation peuvent être en effet considérés comme se rattachant à la conservation de son patrimoine. Enfin il faut remarquer qu'elle est assez injuste puisqu'elle aboutit à conférer un avantage à un individu qui au moment de la conclusion du contrat n'a certainement pas eu l'intention d'aider la société à éviter la déprécia-

N° 65. (1) RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, tome 2. 1952, n° 3309.

(2) Cass. civ., 21 janv. 1908, *J.S.*, 1909, p. 491 ; art. 2098, al. 2 du C. civ.

(3) Dijon, 17 mars 1862, *D.*, 1862.II.94 : « Qu'il suffit que la liquidation ait reçu les charbons après la dissolution de la société... ». Cette situation se présente fréquemment à propos des contrats à exécution successive : contrats de fournitures d'énergie (charbon, pétrole, électricité) ou de matières premières.

tion de ses biens puisque celle-ci ne risquait pas encore de se produire.

66. — Parmi tous les créanciers de la société, il en est un dont la situation mérite quelques détails supplémentaires, c'est le liquidateur.

On pourrait croire en effet que ses honoraires et les dépenses qu'il expose pour la liquidation de la société, ont nécessairement le caractère de frais de conservation de la chose et bénéficient ainsi d'un privilège.

Ce n'est cependant pas exact. Si la jurisprudence admet qu'une rémunération lui est en principe due (1) et que ses dépenses doivent lui être remboursées, elle ne lui reconnaît un privilège que s'il peut se réclamer des dispositions des articles 2101, alinéa 1, et 2102, alinéa 3 du Code civil qui concernent les frais de justice et de conservation de la chose (2). Bien que son activité ait essentiellement trait à la liquidation et participe indirectement à la préservation du gage commun, il ne jouit d'une cause de préférence que pour ceux de ses actes qui ont réellement contribué à la conservation du patrimoine social.

Il n'en serait autrement que si les créanciers sociaux lui avaient donné la mission de représenter leurs intérêts dans la liquidation. L'article 1999 du Code civil qui impose au mandant de payer au mandataire tous les frais que celui-ci a avancés ainsi que le salaire promis, lui serait applicable.

Il ne s'agirait d'ailleurs pas dans ce cas d'un véritable privilège, mais d'une simple conséquence de la modification de sa situation juridique. Etant en effet devenu le créancier des créanciers sociaux, il se rembourserait par prélèvement sur les sommes qu'il devrait leur remettre (3).

67. — La personnalité morale de la société dissoute, en ap-

N° 66. (1) Cass. civ., 28 mars 1887, S., 1888.I.77 ; — Paris, 18 juill. 1911, *Gazette des Tribunaux* du 21 oct. 1911.

(2) Paris, 20 janv. 1842, D., 1842.II.131 ; — Lyon, 24 déc. 1860, S., 1861.II.557 ; — Paris, 4 févr. 1880, J.S., 1882.58 ; — Paris, 20 nov. 1894, J.S., 1895.35 ; Cass. civ., 8 janvier 1862, D. 1863.I.75 ; — Aix, 31 mai 1871, S., 1872.II.47 ; — Grenoble, 10 juin 1902, D.P., 1902.II.478 ; — Lyon, 28 oct. 1913, J.S., 1915.199. Quelques arrêts envisagent d'une manière très extensive la notion de frais conservatoires ou de justice, mais on peut leur faire la même critique que précédemment, n° 64. — Voir : Lyon, 11 juill 1873, S., 1874.II.73 ; — Trib. de commerce de la Seine, 27 déc. 1884, R.S., 1885.205.

(3) Cela ne serait d'ailleurs possible que pour les frais exposés pour l'exécution du mandat que lui ont conféré les créanciers sociaux, et non pas pour ceux qui ont été avancés pour l'exécution de celui que lui a confié la société. Voir *infra*, 2^e partie, titre II, chap. II, sect. I.

parence réduite puisque la formule jurisprudentielle la restreint aux seuls besoins de la liquidation, est pourtant assez étendue. Les limites dans lesquelles elle est renfermée n'autorisent l'être moral ni à renier ses engagements antérieurs, ni à refuser la qualité de créanciers sociaux à ceux qui traitent avec lui après la dissolution et qui lui apportent souvent une aide précieuse pour l'accomplissement de sa liquidation.

Ces solutions sont d'ailleurs nécessaires, car s'il importe de ne pas semer le désarroi et la confusion dans la vie commerciale en déclarant valables des actes qui prolongent d'une manière indéfinie l'existence de la société, il faut aussi assurer le respect des obligations contractées.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS D'APPLICATION DU PRINCIPE DE SURVIE

68. — La jurisprudence liant d'une manière très étroite la prolongation de la personnalité morale aux besoins de la liquidation, et donc à la liquidation elle-même, on est conduit à rechercher si la société peut avoir une quelconque survie lorsqu'il n'y a pas de liquidation organisée.

Cette question est assez délicate, et bien qu'elle ait été souvent soumise aux tribunaux, il est encore difficile d'y donner une réponse sûre, car les décisions judiciaires sont contradictoires. Un auteur, le professeur Bastian, l'a étudiée avec soin. Il a construit une ingénieuse théorie dont on verra bientôt l'économie après avoir examiné l'importance des intérêts en jeu et les principaux courants de la jurisprudence.

Section I

Importance de la question et examen de la Jurisprudence

69. — Les intérêts en cause sont importants, car, si dans les hypothèses les plus fréquentes la dissolution de la société donne lieu à une liquidation organisée, il y a pourtant des cas assez nombreux où il semble y avoir une absence complète de liquidation. Il en est ainsi lorsque la société se trouve dissoute par la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé, ou encore lorsqu'elle fusionne avec une autre entreprise. De même certaines conventions de dissolution engendrent une situation analogue : attribution de tout l'actif social à un seul associé moyennant le paiement du passif, partage de l'actif brut sans déduction préalable du passif.

Or à suivre le raisonnement précédent on devrait considérer

que les créanciers sociaux n'ont plus pour débitrice qu'une simple indivision. Cela est inadmissible, car il risque d'en résulter une spoliation totale de leurs droits (1).

70. — Malgré les dangers qu'elle présente, cette solution n'a pas été écartée par la jurisprudence. Un très fort courant se manifeste en faveur de la disparition de la société, il comprend des décisions de la Cour suprême et des juridictions du fond (1). Deux d'entre elles doivent être citées, car elles répondent sans aucune ambiguïté à la question posée. L'une émane de la Cour de Besançon :

« ... qu'en pareil cas (réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé) l'existence de la société venant à prendre fin instantanément et l'être moral qui la personnifiait disparaissant avec elle, la propriété même de tous les biens composant le fonds social se trouve directement transmise au cessionnaire (l'associé acquéreur des parts) et directement acquise par celui-ci ... » (2). L'autre a été rendue par la Chambre civile de la Cour de cassation, et est encore plus nette :

« ... Mais attendu que si après la dissolution une société commerciale est censée continuer d'exister comme être moral pour les besoins et jusqu'à l'issue de sa liquidation, cette fiction ne peut être valablement invoquée qu'autant que la liquidation sera effective ... » (3).

Cependant si ces décisions nient aussi franchement l'existence de la société en cas d'absence de liquidation organisée, il en est d'autres qui ont refusé d'abandonner les créanciers sociaux à leur sort de créanciers d'une indivision, et qui ont adopté une position contraire. Elles appliquent le principe de survie sans distinguer s'il y a ou non une véritable liquidation (4). Les magistrats de l'ancienne Chambre des requêtes ont même un moment paru se rallier à cette solution :

N° 69. (1) Voir *supra*, n° 3.

N° 70. (1) Cass. civ., 7 févr. 1881, D., 1881.I.267 ; — Trib. de commerce de la Seine, 18 nov. 1890, R.S., 1891, p. 109 ; et *Gazette des tribunaux* du 7 déc. 1890 ; — Trib. civ., de Boulogne-sur-Mer, 9 mars 1888, S., 1892.I.100 ; D., 1892.I.587.

(2) Besançon, 26 avril 1951, D., 1951.636.

(3) Cass. civ., S.C.F., 25 janv. 1956, *Bull. cass.*, 1956.III, n° 38, p. 31. — La Cour de cassation belge emploie d'ailleurs un attendu aussi clair : « La personnification civile que le législateur a uniquement accordée en considération du pacte social et de l'unification d'action indispensable au groupement d'intérêts divers, n'a plus de raison d'être dès qu'une seule individualité concentre entre ses mains tout le capital de la société », (réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé). Cass. civ., 5 janv. 1911, R.P.S., 1911, p. 196.

(4) Paris, 19 juin 1890, R.S., 1890.504 ; — Trib. de commerce de la Seine, 11 mars 1912, R.S., 1914.242 ; — Toulon, 5 févr. 1913 et Aix, 4 nov. 1913, J.S., 1915.19.

« ... cette réunion (de toutes les parts sociales) accompagnée de celle du passif qui grève la société, n'autorise pas l'associé à transmettre à ses créanciers personnels des droits sur l'actif de la société préférables à ceux des créanciers sociaux ... » (5).

Si ces derniers arrêts doivent être approuvés, il n'en reste pas moins qu'ils sont le signe d'une contradiction profonde dans la jurisprudence et de l'incertitude du droit positif.

Section II

La théorie de M. Bastian

71. — Selon cet auteur, il y a toujours survie de personnalité morale parce que dans tous les cas il y a liquidation, celle-ci est obligatoire. L'erreur des décisions qui nient l'existence de la société est d'avoir cru que la liquidation est facultative (1).

Cette erreur provient de ce que les magistrats qui les ont rendues ont pensé que la liquidation était elle-même liée au partage qui, lui, ne s'impose pas dans toutes les circonstances. Ainsi dans les espèces citées ci-dessus et où la liquidation semblait absente, il n'y avait pas non plus de partage. Celui-ci était soit sans objet — réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé — soit remplacé par une convention de dissolution — attribution de l'actif en contrepartie du paiement du passif.

Dès lors, dit M. Bastian, le raisonnement qui anime ces arrêts est extrêmement simple : sans partage il n'y a pas de liquidation, et par suite la société ne survit pas à sa dissolution. Mais cette construction est fautive et procède d'une nouvelle erreur, l'assimilation de la liquidation des sociétés à la liquidation successorale.

En matière de successions en effet la liquidation dépend étroitement du partage parce que ses opérations — la détermination de la masse successorale, l'estimation des biens qui la composent, le rapport et la réduction — n'ont de raison d'être que dans l'hypothèse de plusieurs héritiers. Pour qu'elle soit nécessaire en dehors du partage, il faudrait supposer qu'elle concerne aussi le paiement du passif, supposition invraisemblable et inutile puisqu'en vertu du principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, ce dernier se trouve automatiquement chargé du passif du *de cujus*.

La situation de la société, elle, est totalement différente. Elle

(5) Cass. req., 9 août 1859, S., 1860.I.470; D., 1859.I.421.

N° 71. (1) Voir l'article de cet auteur au *Journal des Sociétés* de l'année 1937, p. 1 et s.

n'est pas susceptible d'avoir d'héritier, ce serait un non-sens, car les idées qui sont à la base de la notion d'héritier — solidarité familiale, parenté par le sang, continuité du culte — ne peuvent recevoir ici aucune application. La mort de la personne morale ne doit pas être assimilée à celle d'une personne physique (2).

Par la suite la société n'ayant pas d'héritier, personne n'est saisi du passif en même temps que de l'actif au jour de son décès. Comme d'autre part le droit positif français n'a pas admis le principe de la cession de dettes, celles-ci ne sont pas transmises avec les biens sociaux. Si l'on veut assurer l'exécution des obligations contractées, le respect du grand principe : *Pacta sunt servanda*, il devient alors indispensable de procéder à l'extinction du passif social avant la dévolution de l'actif. C'est l'adage romain *bona non sunt nisi deducto aere alieno*.

Ainsi la liquidation en matière de sociétés est obligatoire, car, s'il y a des hypothèses où il est inutile de déterminer la masse à partager et les biens qui la composent parce qu'il n'en existe pas plusieurs bénéficiaires, il est dans tous les cas nécessaire d'éteindre le passif. La liquidation des sociétés n'est pas facultative parce qu'à la différence de ce qui se produit dans le domaine des successions, elle comprend toujours l'appurement du passif.

Section III

Discussion de cette théorie et étude d'une nouvelle construction

72. — La théorie de M. Bastian a le mérite d'apporter un appui certain aux droits des créanciers sociaux. Elle renforce indiscutablement leur position. Mais elle est bien compliquée, et elle ne résout pas les contradictions qui règnent dans les décisions judiciaires. Une analyse un peu serrée de la formule jurisprudentielle « la société survit pour les besoins de sa liquidation » permet d'arriver plus rapidement à de meilleurs résultats..

73. — Au début de cette partie on a assez longuement exposé que la survie de la personnalité morale ne repose que sur les

(2) Quelques arrêts récents appuient d'ailleurs cette remarque : Trib. civ. de la Seine, 4 déc. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958, n° 53 à 56, « Attendu que la société Tubix est mal fondée à soutenir ... que la dissolution d'une société équivaut à la mort d'une personne physique... ».

nécessités de la protection des créanciers sociaux et accessoirement sur celles de la commodité des associés (1). De même on a vu au premier chapitre de ce titre deux que la validité des engagements de la société postérieurs à la dissolution ne s'explique que par l'intérêt bien compris des créanciers sociaux qui commande d'éviter une dépréciation du patrimoine social au cours de la liquidation (2). On peut donc conclure de ces observations que, lorsque la jurisprudence déclare que la société subsiste pour les besoins de sa liquidation, elle ne fait que d'affirmer sous une forme ramassée et elliptique que la personnalité morale ne survit que pour la défense des droits des créanciers sociaux. Sans eux le principe de survie ne présenterait qu'une importance mineure (3).

Il s'en suit alors logiquement que dans la pensée de la majorité des Cours et Tribunaux, la personnalité morale de la société doit être prolongée tant qu'il y a des créanciers sociaux à protéger. C'est ce que dit très clairement un arrêt de la Cour de Toulon du 5 février 1913 : « Attendu que c'est précisément pour assurer la persistance de cette séparation des patrimoines (qui résulte de la personnalité morale) et le paiement des créanciers sur les biens qui sont leur gage que la jurisprudence et la doctrine ont créé la fiction dont il s'agit (fiction de survie), d'où il faut conclure que cette fiction se prolonge jusqu'à la cessation de la cause qui l'a fait créer, c'est-à-dire jusqu'après la liquidation, en d'autres termes jusqu'à... l'extinction du passif... » (4).

La fiction de survie est certainement liée aux besoins de la liquidation et à la liquidation elle-même, mais comme la jurisprudence entend par ceux-ci les nécessités de la protection des créanciers sociaux, il en résulte que chaque fois qu'il faut assurer la protection des créanciers sociaux il doit y avoir survie. Contrairement à ce que pense M. Bastian, la liquidation n'est pas obligatoire ; elle n'est pas non plus facultative, elle ne dépend pas de la volonté des associés, mais uniquement de circonstances de fait : l'existence d'un passif, la présence de créanciers sociaux.

74. — Il est alors possible d'expliquer l'apparente contradiction qui divise les décisions judiciaires. Il suffit pour cela

N° 73. (1) Voir *supra*, n° 3.

(2) Voir *supra*, nos 58 et 59.

(3) La survie présente pour les associés une importance bien moindre que pour les créanciers sociaux. Elle n'est pour eux qu'une simple commodité (voir *supra*, n° 6) et ceci surtout lorsqu'il n'y a pas de créancier sociaux, car ils n'ont pas alors à craindre de poursuites personnelles.

(4) Toulon, 5 févr. 1913, *J.S.*, 1915, p. 19.

de constater que dans toutes les espèces où la prolongation de la personnalité morale a été écartée, il n'y avait pas de créanciers sociaux en cause, il s'agissait simplement de litiges entre associés (1).

Le dispositif de ces arrêts se comprend par suite aisément. En l'absence de créanciers sociaux à défendre et donc de liquidation, il n'est pas nécessaire que la société subsiste après sa dissolution puisque la survie ne présente d'intérêt que pour eux. Certes elle est aussi utile pour les associés, mais à un degré bien moindre et surtout lorsqu'il y a des créanciers sociaux (2). Or comme ce n'était pas le cas, il était sans importance de déclarer la société disparue et d'en faire une indivision.

75. — D'autre part cette construction possède un autre avantage sur celle de M. Bastian, elle ne restreint pas la survie, en l'absence de liquidation, aux seuls créanciers dont le titre est antérieur à la dissolution.

Avec la théorie de cet auteur il n'est guère possible de justifier une survie de la société au profit de ceux dont la créance est née au cours de la liquidation, car un de ses fondements, le respect de la règle *Pacta sunt servanda*, est ici sans valeur (1). En effet au moment où ces créanciers ont traité avec la société, la dissolution était déjà survenue, et ils savaient qu'ils ne pouvaient avoir qu'une indivision pour débitrice. Ils ne sont donc pas fondés à réclamer par la suite le bénéfice d'une personnalité morale qu'ils n'ont nullement envisagée le jour de la conclusion du contrat.

La théorie proposée ne présente pas ce défaut. Si l'on prolonge la société pour la défense des intérêts des créanciers sociaux, il faut admettre la survie dans tous les cas où ces intérêts le commandent. Or ceux-ci exigeant que la société puisse faire au cours de sa liquidation tous les actes indispensables à la conservation de son patrimoine, on est conduit par là même à reconnaître le bénéfice de la survie, la qualité de créanciers sociaux à tous ceux qui traitent avec elle après la dissolution et qui contribuent à la préservation de l'actif social (2). Il importe peu que la liquidation soit ou ne soit pas organisée, car dans un cas comme dans l'autre, les besoins de la protection des créanciers sociaux dont le droit est né avant la dissolution, sont les mêmes.

N° 74. (1) Voir *supra*, n° 70 et les notes.

(2) Voir *supra*, n° 2, 6, et 73, note 3.

N° 75. (1) Même en l'absence d'une liquidation organisée, différentes créances peuvent naître après la dissolution : assurance des biens sociaux, frais de gardiennage, etc... Elles sont inhérentes à l'existence de ces biens.

(2) Voir *supra*, n°s 58 et 59.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

76. — Malgré l'image évoquée par l'étymologie du terme « dissolution » (1), la mise en liquidation d'une société n'entraîne en principe aucune altération de la condition des créanciers sociaux. Ceux-ci gardent pour débitrice une personne morale qui reste tenue d'exécuter ses obligations.

Cette situation comporte pour eux des avantages indiscutables. Ils n'ont pas à diviser leurs poursuites entre de multiples associés ni à subir un concours des créanciers personnels de ces derniers. Les sûretés qui leur ont été consenties leur demeurent acquises, et la protection dont ils bénéficient ne se trouve guère affectée que par le privilège de certaines créances nées au cours de la liquidation.

D'autre part la bonne conservation de leur gage ne risque pas de souffrir de l'arrêt des activités sociales car la jurisprudence interprète le principe de survie d'une manière suffisamment large pour que l'être moral puisse accomplir sur son patrimoine tous les actes qui permettent d'éviter sa dépréciation.

Les courts aperçus de droit comparé qui ont été donnés, ont montré que sur tous ces points le droit positif français n'est pas inférieur aux systèmes juridiques étrangers. Les règles adoptées sont souvent analogues. Au cours de la deuxième partie de cet ouvrage, on va par contre constater de notables différences entre les solutions françaises et étrangères. Ces dernières, appuyées sur des textes très perfectionnés, aboutissent à des résultats bien meilleurs et protègent beaucoup plus efficacement les droits des créanciers sociaux.

N° 76. (1) Voir *supra*, l'introduction de cette première partie.

DEUXIÈME PARTIE

**Du recours
des créanciers sociaux
contre la société**

77. — Les grandes lignes de la condition des créanciers sociaux étant tracées, il est maintenant nécessaire d'examiner la façon dont ils vont défendre et faire valoir leurs droits à l'encontre de la société.

C'est pourquoi, dans un premier titre, on donnera quelques indications sur les personnes contre lesquelles les poursuites doivent être dirigées, ainsi que les principales règles de procédure à suivre. La situation de certains créanciers spéciaux, tels que les créanciers à terme et les obligataires, sera également étudiée.

Puis, dans un deuxième titre, on expliquera par quels moyens les créanciers sociaux peuvent éviter qu'un liquidateur ou des associés malhonnêtes ne détournent les biens qui constituent leur gage.

Le dernier titre sera consacré à l'exposé de leur mode de règlement et des circonstances dans lesquelles leur action contre la société disparaît.



Titre I

Règles générales de procédure

Etude de la situation de certains créanciers spéciaux

CHAPITRE PREMIER

REGLES GENERALES DE PROCEDURE

78. — Si les principes généraux du droit commun s'appliquent ici sans subir de profondes modifications, il importe toutefois de signaler quelques particularités qui concernent le défendeur (1), la compétence et les preuves.

Section I

Du défendeur

79. — Comme avant la dissolution, les dirigeants de la société, c'est-à-dire maintenant les liquidateurs, sont seuls compétents pour recevoir l'exploit des créanciers sociaux (1). Cette solution n'est cependant pas satisfaisante dans tous les cas. Il arrive que ceux-ci ignorent le nom et l'adresse du ou des liqui-

N° 78. (1) Aucun changement ne survient du fait de la dissolution dans la personne du demandeur. Le droit de poursuites individuelles des créanciers sociaux n'étant pas suspendu : Cass. civ., 14 août 1858.S.1859-I-332. Ceux-ci ne sont pas obligés de passer par l'intermédiaire d'un syndic, et ont le droit d'agir eux-mêmes contre la société.

N° 79. (1) Trib. de commerce de Marseille, 29 juin 1835. S. 1838.II.130 ; — Cass. civ., 25 mars 1855, S. 1855.I.294 ; — Cass. civ., 16 janvier 1867, S. 1867.I.173 ; Cass. civ., 25 août 1879, S. 1881.I.447 ; D., 1879.I.465 ; — Orléans, 20 mars 1891, H.S. 1891.315 ; — Poitiers, 13 févr. 1895, R.S. 1895.430 ; — Nancy, 31 déc. 1896, J.S. 1897.210 ; *Gaz. Pal.*, 1897.I.338 ; — Paris, 20 déc. 1895, *J.C.P.*, 1949.I.5080.

dateurs parce que la publicité de la dissolution a été omise ou effectuée d'une manière défectueuse (2). Par ailleurs, il se peut que les associés n'aient pas encore désigné le liquidateur.

Pour remédier à ces difficultés, la jurisprudence s'est montrée très compréhensive. Elle autorise les créanciers sociaux à assigner la société sous sa raison sociale et à son siège sans qu'il soit nécessaire de faire figurer le nom du liquidateur dans l'exploit. De nombreux arrêts consacrent la régularité de ce procédé (3). Celui-ci est toutefois inefficace lorsque l'être moral n'a plus de domicile, lorsqu'il a disparu sans laisser de trace. Cette hypothèse est rare, mais elle se présente quelquefois ; aussi pour que les créanciers sociaux ne restent pas sans défense, les Cours et Tribunaux ont fait un pas de plus et leur ont reconnu le droit d'assigner la société en fuite au domicile de l'un de ses associés (4).

80. — Dans le cas de la société dissoute et annulée, ces règles ne sont pas modifiées puisqu'en l'absence d'une opposition des créanciers personnels des associés, les créanciers sociaux ont la faculté de la tenir pour valable (1). Le liquidateur conserve alors ses fonctions, et demeure seul habilité à recevoir leurs exploits (2).

Section II

De la compétence

80. — Les règles générales de compétence ne subissent pas ici de grandes modifications. La société subsistant avec sa personnalité morale garde son siège social, et le tribunal habilité à connaître des actions dirigées contre elle reste celui de son domicile (1). Il arrive d'ailleurs que ce dernier soit déplacé lors

(2) Pendant fort longtemps, et jusqu'au décret loi du 30 oct. 1935, l'art. 59 de la loi du 24 juill. 1867 n'imposait pas la publication du nom et de l'adresse du liquidateur.

(3) Cass. civ., 26 févr. 1872, en note au S., 1899.I.269 ; — Cass. req., 16 août 1880, S., 1880.I.202 ; — Cass. req., 28 juin 1893, S., 1895.I.260, J.S., 1893.219 ; — Cass. civ., 28 févr. 1894, J.S., 1895.170 ; D., 1894.I.239 ; *Gaz. Pal.*, 1894.I.378 ; — Cass. civ., 7 nov. 1898, S., 1899.I.269 ; D. 1903.I.235 ; note J.S., 1899.107 ; — Cass. req., 25 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 1935.I.700 ; — Cass. req., 7 mai 1935, S., 1936.I.289, *Gaz. Pal.*, 1935.I.66. La jurisprudence Belge donne la même solution. Cass. civ., 8 janv. 1948. *R.P.S.*, 1948, n° 4003 et la note.

(4) Cass. req., 28 févr. 1894, D., 1894.I.239.

N° 80. (1) Voir *supra*, n° 34 et 35.

(2) Paris, 18 juillet 1885, J.S., 1887.287 et 28 avril 1887, J.S., 1890.376 ; — Douai, 11 août 1887, J.S., 1890.376.

N° 80. (1) Cass. civ., 16 août 1880, S., 1882.I.176 ; — Cass. civ., 18 déc. 1883, S., 1886.I.27 ; — Cass. civ., 11 mars 1884, S., 1885.I.447 ; — Cass. req.,

de l'ouverture de la liquidation, c'est ce qui se produit lorsque la décision de dissolution a transporté le siège social dans les bureaux du liquidateur. En ce qui concerne l'association en participation, c'est le tribunal du domicile du gérant qui demeure seul compétent.

81. — Une question particulière se pose dans le cas des entreprises à succursales multiples. On peut se demander s'il convient de maintenir la jurisprudence dite « des gares principales » au cours de la liquidation. La négative paraît devoir s'imposer.

Les litiges qui surgissent après la dissolution, ne portent pas seulement sur un problème déterminé, la plupart du temps sur le recouvrement d'une somme d'argent, ils concernent aussi la liquidation d'un patrimoine. Il est alors assez peu pratique de donner à plusieurs tribunaux la possibilité d'en connaître. On risque d'aboutir à des résultats incohérents, à des contradictions de jugements. Ainsi une juridiction peut accorder à la société un délai pour payer ses dettes, et une autre dans les mêmes circonstances le lui refuser. C'est pourquoi l'on est conduit à penser que la meilleure solution est de retenir la seule compétence du tribunal du siège social pour tous les procès que la liquidation fait naître. C'est d'ailleurs celle qui est adoptée en matière de faillite.

On objectera peut-être que les règles de celle-ci sont inapplicables à la liquidation amiable. Cela est vrai, mais il n'en reste pas moins que les raisons d'en décider ainsi sont identiques dans les deux hypothèses. Il s'agit toujours de la liquidation d'un patrimoine et le principe de l'unité de celui-ci implique une compétence unique (1).

A cet argument il est possible d'ajouter le précédent de la loi du 11 juillet 1934. Le législateur désirant éviter des contradictions de jugements à propos des remboursements d'obligations ou des paiements de coupons (2), n'a pas hésité à réserver la connaissance des litiges qui en découlent au seul tribunal du siège social.

11 juin 1885, D., 1889.I.293, S., 1890.I.516 ; — Cass. civ., 3 janv. 1900, D., 1900.I.96 ; — Limoges, 3 déc. 1902, S., 1921.II.126. Pour la même raison la dissolution n'entraîne pas de reprise d'instance. Article 345 du Code de procédure civile et Cass. req., 25 févr. 1935, *Gaz. Pal.*, 1936.I.700.

N° 81. (1) C'est en fait en s'appuyant sur le principe de l'unité de la faillite, lui-même issu du principe de l'unité du patrimoine, que la Jurisprudence reconnaît au tribunal du siège social une compétence exclusive pour tous les litiges qui résultent de la faillite. Cass. req., 28 oct. 1941, D.A., 1942.68 ; *Gaz. Pal.*, 1942.I.150 ; — Cass. req., 29 nov. 1950, *Gaz. Pal.*, 1951.I.86.

(2) Décisions contraires de la Cour de Paris et de la Cour de Pau dans les affaires Saô-Paolo et Rio-Grande.

La jurisprudence n'a malheureusement pas eu l'occasion de résoudre ce problème. Contre la solution présentée on peut tout juste invoquer un arrêt de la Cour d'Aix du 8 avril 1878 (3), et encore celui-ci ne tranche pas la question d'une manière explicite.

Section III

Des preuves

82. — Elles ne soulèvent pas ici de difficultés spéciales. De même qu'avant la dissolution les créanciers sociaux doivent apporter la preuve de l'existence de leurs créances et du caractère social de celles-ci (1).

Une particularité doit cependant être notée en ce qui concerne la preuve de la consistance du patrimoine social au moment de la dissolution. Celle-ci est parfois nécessaire, notamment lorsque certains biens ont été détournés. Pour éviter toute difficulté à ce sujet, la jurisprudence impose au liquidateur d'effectuer un inventaire dès qu'il entre en fonction (2). S'il néglige de le faire les créanciers sociaux ont le droit de prouver l'étendue de la valeur de l'actif social par tous les moyens, y compris la commune renommée (3).

(3) Aix, 8 avril 1878, S., 1879.II.313.

N° 82. (1) Trib. de commerce de la Seine, 11 mars 1912. *R.S.*, 1914.242 ; — Cass. civ., 24 oct. 1938. *D.H.* 1939.65. Il faut d'ailleurs remarquer que le fait pour le liquidateur et les associés d'accepter le débat sur le fond du droit, entraîne pour eux la reconnaissance du caractère social de l'engagement. Cass. civ., 27 mai 1914, S., 1914.I.425.

(2) L'assistance du notaire n'est pas nécessaire. Cass. civ., 30 nov. 1892. *D.*, 1894.I.83, et 30 juin 1896, *J.S.*, 1896.400. Voir aussi, Trib. de commerce de la Seine, 11 nov. 1887, *R.S.*, 1888.165.

(3) Amiens, 23 déc. 1899. Recueil d'Amiens, 1899.259.

CHAPITRE II

DE LA SITUATION DE CERTAINS CREANCIERS SPECIAUX : CREANCIERS A TERME, OBLIGATAIRES ET PORTEURS DE PARTS DE FONDATEUR

83. — Certains créanciers sociaux occupent une position spéciale, ce sont les créanciers à terme, les obligataires et les porteurs de parts de fondateur.

Section I

Des créanciers à terme et des obligataires

84. — Les créanciers à terme et les obligataires posent de délicats problèmes. Le premier, qui commande tous les autres, concerne la question de l'assimilation de la dissolution à une cause de déchéance du terme (1). C'est pourquoi dans les deux premiers paragraphes on exposera et on discutera la jurisprudence qui s'est créée à ce sujet. Puis ayant admis dans le cas des obligataires la possibilité d'une disparition du terme, on étudiera les effets de celle-ci sur la responsabilité des gérants de la société, cautions et codébiteurs solidaires. Enfin, dans un quatrième et un cinquième paragraphe, on donnera quelques précisions sur le montant du remboursement des obligations et sur la situation des porteurs qui n'ont pas encore libéré leurs titres au moment de la dissolution.

Nº 84. (1) Cette question ne se pose que si le terme a été stipulé en faveur de la société ; car, si ce sont les créanciers sociaux qui en sont les seuls bénéficiaires, il est bien évident qu'après comme avant la dissolution ils sont fondés à demander l'exécution de l'obligation au moment qui leur plaît. La société pourrait tout juste demander dans ce cas un délai de grâce.

§ 1. — *Examen de la jurisprudence*

86. — Une jurisprudence ancienne et bien assise considère que l'article 1188 du Code civil est inapplicable ici, et refuse ainsi de voir dans la dissolution une cause de déchéance du terme (1).

Sa position paraît d'ailleurs fondée, car aucune des hypothèses prévues par ce texte ne semble pouvoir être invoquée. Il n'est pas possible en effet d'assimiler la mise en liquidation à la déconfiture ou à la faillite puisque jusqu'à preuve contraire la société dissoute est réputée être *in bonis*. De même le cas de diminution des sûretés ne correspond nullement à la situation présente, car il est bien établi que les sûretés dont il s'agit sont celles qui résultent du gage ou de l'hypothèque. Le simple créancier chirographaire, c'est-à-dire celui qui a pour sûreté le patrimoine entier de son débiteur, n'a pas le droit de se prévaloir de cette disposition (2).

87. — Par contre à l'égard des obligataires les Cours et les Tribunaux ont adopté une solution beaucoup moins stricte, et dont les fondements ne sont pas à vrai dire très nets. Dans une série d'arrêts, qui ont été rendus à la fin du siècle dernier (1), la Chambre civile de la Cour de cassation les autorise à « demander, suivant les circonstances la déchéance du terme ou la résolution du contrat ».

Cette option est surprenante, car sa première branche est injustifiable. Pour l'admettre, il faudrait supposer que le contrat de prêt est fait uniquement dans l'intérêt de l'obligataire ; bénéficiant alors seul du terme, celui-ci pourrait exiger son remboursement au moment qui lui plairait. Mais ce n'est pas le cas, ce contrat et le terme dont il est affecté sont aussi stipulés en faveur de la société. Il n'est donc pas possible de contraindre celle-ci à effectuer un paiement quelconque avant l'échéance. Un paiement anticipé ne peut lui être imposé que dans le cas où les obligataires ont bénéficié de sûretés spéciales et seulement lorsque celles-ci se trouvent diminuées à la suite de la dissolution.

La deuxième branche de l'option est par contre beaucoup

N° 86. (1) Cass. req., 24 nov. 1869, D., 1871.I.119 ; — Trib. de commerce de la Seine, 25 juin 1883, J.S., 1883-723 ; — Trib. de commerce de Nantes, 26 mars 1883, J.S., 1883.709 ; — Trib. civ. de la Seine, 6 févr. 1914, J.S., 1915.18 ; — Cass. civ., S.C.F., 8 déc. 1952, J.S., 1955.297.

(2) PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1952, t. 2, n° 1509, p. 516.

N° 87. (1) Cass. civ., 6 janv. 1885, S., 1888.I.59 ; D., 1885.I.55 ; — Cass. civ., 2 févr. et 10 mai 1887, S., 1888.I.63.

plus justifiée. Si la société n'exécute plus ses engagements, le contrat de prêt, comme tout autre contrat, doit être résolu. Il n'y a là qu'une simple application du droit commun. Les conditions de la résolution sont d'ailleurs assez fréquemment réunies, car lorsqu'une société est dissoute il lui est presque toujours impossible de satisfaire à toutes les obligations qui résultent du prêt ; l'amortissement et le service de l'intérêt supposent son fonctionnement régulier et durable, ce qui est incompatible avec les buts de la liquidation qui est destinée à la faire disparaître plus ou moins rapidement.

Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 les obligataires peuvent se fonder sur une disposition légale pour exiger leur remboursement. L'article 20 de ce texte prévoit que le refus par l'assemblée extraordinaire des obligataires d'approuver la fusion ou la modification de la forme de la société entraîne pour cette dernière l'obligation de rembourser leurs titres. Cette règle s'applique sans aucun doute à toute société en liquidation, car la dissolution peut assurément être considérée comme une modification de la forme de la société.

Toutefois la jurisprudence exposée ci-dessus et les critiques qui lui ont été adressées n'en perdent pas pour autant leur intérêt, car même appuyé par le décret-loi du 30 octobre 1935, le droit des obligataires d'exiger leur remboursement doit être expliqué. Or pour ce faire on se trouve ramené à examiner les décisions judiciaires antérieures. Malheureusement les deux solutions que celles-ci ont adoptées ne permettent pas de donner une réponse unique et sûre à ce problème. C'est pourquoi, si le législateur devait un jour se pencher à nouveau sur la question, il serait à souhaiter qu'il prenne nettement position sur le fondement qu'il attribue à ce droit des obligataires.

§ 2. *Discussion de la solution jurisprudentielle*

88. — Le refus de la jurisprudence d'assimiler la dissolution à une cause de déchéance du terme est plein d'inconvénients. Il risque de provoquer une spoliation des créanciers à terme, car le droit de poursuites individuelles n'étant pas suspendu au cours de la liquidation (1), il y a de grandes chances pour qu'au moment où ceux-ci pourront se présenter pour réclamer leur paiement, l'actif social soit tout à fait insuffisant pour permettre de les désintéresser. Celui-ci aura été absorbé par l'ac-

N° 88. (1) La liquidation amiable n'étant pas une procédure organisée et collective comme la faillite, le droit de poursuite individuelles des créanciers sociaux n'est pas suspendu. Cass. civ., 14 août 1858, S., 1859.I.332.

quittement des créances qui étaient exigibles lors de la dissolution.

A cela on répond souvent que, si les créanciers à terme ne sont pas certains que la société soit capable d'éteindre toutes ses dettes, il leur suffit de faire opposition pour assurer leur sécurité. Le liquidateur, afin de ne pas s'exposer à une lourde responsabilité, ne devra alors effectuer ses paiements que sur l'ordre et sous le contrôle du tribunal, et en suivant les règles de la distribution par contribution. Leurs créances n'étant pas échues, ils n'auront pas le droit d'être payés immédiatement, mais ils seront compris dans le plan des répartitions et les sommes, qui leur sont destinées, seront mises de côté (2).

Cet argument n'est pas convaincant. Il n'a de valeur que dans le cas où le liquidateur est une personne d'une honnêteté et d'une compétence indiscutables. S'il n'en est pas ainsi les créanciers à terme sont exposés au danger d'une dilapidation de leurs deniers (3). En outre lorsque l'échéance de leurs créances est assez éloignée, ils risquent de ne pas pouvoir se présenter pour réclamer leur paiement avant le partage du patrimoine social. Ils auront certes le droit de poursuivre les associés (4), mais ceux-ci seront peut-être devenus entre temps insolvables. A tout cela il n'y a qu'un remède, c'est la déchéance du terme.

89. — 1. — Une affaire ancienne, puisqu'elle remonte à la première moitié du siècle dernier, en montre bien la nécessité. Le 26 août 1836, le sieur Cotte, maître de poste au relais de la Voulte et propriétaire d'un service de diligences entre Valence et Aubenas, se désistait de ses fonctions en faveur des Messageries du commerce de la Drôme et de l'Ardèche et leur cédait son matériel. En contrepartie celles-ci lui allouaient pendant leur durée une rente de 2.000 francs par an qui devait être suspendue si des entreprises rivales venaient à s'installer dans la région. Le versement en serait repris dès que la concurrence aurait pris fin par la victoire des Messageries.

Le contrat fut régulièrement exécuté, lorsque plusieurs années après sa conclusion, une autre société, les Messageries nationales de Paris, établit elle aussi un service de diligences entre Valence et Aubenas. Peu soucieuses de lutter contre un

(2) La jurisprudence moderne tend à voir là une obligation du liquidateur, même en l'absence d'opposition. Cass. civ., S.C.F., 8 déc. 1952, *J.C.P.*, 1955.297.

(3) Les membres de la Compagnie des liquidateurs judiciaires de la Seine sont étroitement surveillés par le tribunal de commerce. Un règlement particulier leur impose de verser à la Caisse des Dépôts et Consignations les deniers destinés à payer les créanciers à terme, art. 2 de ce règlement.

(4) Voir *infra*, nos 165 et s.

concurrent très puissant, les Messageries du commerce de la Drôme et de l'Ardèche décidèrent de se dissoudre et de lui vendre leur matériel. Cotte, l'ancien maître de poste, les assigna alors en paiement des annuités qui restaient à couvrir. Le Tribunal de commerce d'Aubenas, devant lequel le litige fut porté, rejeta sa prétention par un jugement du 17 octobre 1851 (1). La demande n'était pas fondée puisque le contrat prévoyait la suspension de la rente pendant la durée de la concurrence d'une autre entreprise ; elle était de plus irrecevable, les annuités n'étant pas encore échues.

Débouté en première instance, l'intéressé fit appel de ce jugement devant la Cour de Nîmes qui le 19 mai 1852 (2) rendit un arrêt infirmatif. La clause du contrat, qui en supprime le versement de la rente en cas de concurrence, est inopposable à Cotte, car elle impose aussi aux Messageries de la Drôme et de l'Ardèche de lutter contre ses rivales et de ne pas abandonner la compétition. Elles ne devaient donc pas se dissoudre et céder leur matériel aux Messageries nationales de Paris. Sur le point de la déchéance du terme les conclusions de l'ancien maître de poste sont également fondées. La dissolution, l'aliénation du matériel et la disparition de l'être moral constituent une diminution des sûretés. Elles entraînent par la disparition du débiteur et de ses biens une incertitude complète quant au paiement des annuités.

89. — 2. — La valeur juridique de cet arrêt est évidemment douteuse, puisqu'en opposition avec une jurisprudence bien assise, elle assimile la dépréciation du gage général de l'article 2093 du Code civil à la diminution des sûretés particulières de l'article 1188.

Il n'en a pas moins le mérite de mettre en lumière les difficultés que peut faire surgir le maintien du terme. Si dans les cas les plus courants, celui-ci ne présente pas un danger aussi réel, c'est parce qu'il s'agit alors de créances dont l'échéance est assez rapprochée, comprise dans la période pendant laquelle la société effectuera sa liquidation. Mais, comme le montre l'exemple ci-dessus, il n'en est pas toujours ainsi ; l'échéance de la dette peut se trouver placée très longtemps après la dissolution et la fin de la liquidation, à un moment où les biens du débiteur n'existeront plus, car ils auront été partagés entre les associés, et où, l'être moral s'étant éteint, le débiteur aura lui-même disparu.

N° 89-1. (1) S., 1853.II.614 en note.

(2) S., 1853.II.614.

A cela il n'est pas possible d'objecter qu'il suffisait au maître de poste de faire opposition et de demander en outre au tribunal la consignation des sommes qui lui étaient dues. Cette prétention n'aurait pu être accueillie. La consignation en libérant le débiteur équivaut à un paiement (1), et la lui imposer revient à le déchoir du terme. De même on ne peut songer à obliger la société à donner à son créancier des sûretés nouvelles pour la garantie de sa créance, car à défaut de sûretés spéciales concédées au moment de la conclusion du contrat, le juge ne peut en créer d'autres sans commettre un excès de pouvoir (2).

Si donc on désire remédier aux dangers qui résultent du maintien du terme, il n'y a guère d'autre moyen que de revenir sur l'interprétation usuellement donnée à l'article 1188 du Code civil, car, si l'on veut déchoir la société du terme, il faut d'abord essayer de prouver que la dissolution peut être assimilée à la diminution des sûretés prévues par ce texte (3).

90. — 1. — On explique généralement ce texte en disant que le créancier n'a consenti un terme à son débiteur que parce qu'il a obtenu de lui une garantie de paiement, une hypothèque ou un gage. Si ces sûretés viennent à être diminuées par celui-ci, le bénéfice du terme lui est retiré à titre de sanction. Lorsqu'il s'agit d'une société dissoute, cette disposition est inapplicable, car, le créancier n'ayant pas reçu de sûretés particulières, la liquidation ne saurait porter atteinte à des sûretés qui n'existent pas.

L'argument essentiel repose donc sur le fait que le créancier ne s'est vu conférer aucune sûreté en contrepartie du temps qu'il accordait. Cela n'est cependant pas exact. Si l'on veut bien examiner le problème d'un peu plus près, on aperçoit tout de suite qu'il n'a pas consenti à différer l'exécution de l'obligation du débiteur sans une garantie capable d'assurer sa sécurité.

Celle-ci est seulement différente de celles que l'on rencontre habituellement. Il n'est pas en effet dans les usages de la vie des affaires de procéder à la constitution d'une hypothèque ou d'un gage ; ces sûretés requièrent des formalités longues et compliquées qui se concilient mal avec la pratique des opéra-

N° 89-2. (1) Alinéa 2 de l'article 1257 du Code civil.

(2) Voir *supra*, n° 52.

(3) Toutefois la théorie que l'on va proposer ne pourrait être intégralement appliquée au cas particulier des obligataires car comme on le verra au n° 96 il est difficile de parler de déchéance du terme à propos de la prime de remboursement des obligations.

tions commerciales, dont les caractéristiques sont la rapidité et la simplicité. Pour accepter le terme demandé par le débiteur, le créancier prend en considération la solvabilité apparente de celui-ci, c'est-à-dire l'importance de ses installations, l'activité de son fond de commerce, ou le montant de ses contrats en cours qui permettent d'espérer de plus ou moins grands bénéfices. Le terme n'est donc pas accordé sans la garantie que constitue le crédit dont jouit le débiteur.

Celui-ci ne subsiste toutefois qu'avec le maintien en activité de la société. Si celle-ci se dissout, sa solvabilité se trouve rapidement amoindrie. L'arrêt de sa production ou la fermeture de son fond de commerce annulent les chances de bénéfices qui augmentaient la sécurité de ses créanciers. Ses dirigeants changent, la confiance placée dans un administrateur ne peut pas toujours être reportée sur le liquidateur. D'autre part, elle risque de disparaître elle même à plus ou moins brève échéance, car rien n'empêche les associés de se partager son patrimoine (1). Les créanciers sociaux auront certes le droit de se retourner contre ceux-ci (2) et d'engager la responsabilité du liquidateur (3), mais il n'est pas prouvé qu'au moment où ils pourront agir contre eux, leur solvabilité personnelle sera suffisante pour les désintéresser.

Il est ainsi évident que les deux éléments indispensables à la déchéance du terme — l'existence d'une sûreté et sa diminution — se trouvent ici réunis. C'est pourquoi la dissolution doit rendre exigible toutes les dettes de la société (4).

90. — 2. — Le fondement de l'article 1188 implique d'ailleurs cette solution. Les déchéances que ce texte établit, reposent toutes sur cette idée générale que le débiteur a déçu la confiance qui a été placée en lui. Si la faillite et la diminution des sûretés entraînent l'exigibilité de la dette, c'est parce qu'elles manifestent que la solvabilité du débiteur n'était qu'apparente ou que sa bonne foi n'était pas réelle. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a pu adjoindre à ces hypothèses celle de la déconfiture. Celle-ci dénote également le pitoyable état des affaires du débiteur. Le cas de la société dissoute est assez analogue. On peut considérer que celle-ci en décidant de se mettre en liquidation s'est montrée indigne de la confiance qui

N° 90-1. (1) Voir *infra*, n° 155 et 156.

(2) Voir *infra*, Troisième Partie. Titre I.

(3) Voir *infra*, Troisième Partie. Titre II.

(4) Et ceci d'autant plus que la dissolution est la plupart du temps un fait volontaire de la société. Voir *supra*, n°s 22 et 48-2.

lui a été accordée, et qui justifie aux yeux du créancier le terme auquel il a consenti (1).

Toutefois il ne faut pas dissimuler que ce système ne peut avoir pour l'instant qu'une valeur doctrinale. Un courant de jurisprudence aussi ancien et aussi fermement établi que celui qui refuse d'appliquer l'article 1188 du Code civil à la dissolution des sociétés, ne peut être renversé du jour au lendemain. C'est pourquoi, sur le plan du droit positif, il faut s'en tenir pour le moment aux solutions données précédemment aux numéros 86 et 87.

90. — 3. — A l'étranger par contre la dissolution entraîne fréquemment l'exigibilité des dettes de la société. En Allemagne et en Suisse notamment le liquidateur est obligé de consigner les sommes dues aux créanciers à terme (1), ce qui est l'équivalent d'un paiement (2).

C'est là une mesure excellente, car elle permet d'éviter une spoliation plus ou moins certaine des droits des créanciers sociaux, et en particulier de ceux dont la créance a une échéance lointaine.

§ 3. *Des effets de la disparition du terme sur les rapports des obligataires avec les garants de la société, cautions et co-débiteur solidaires.*

91. — On ne peut malheureusement donner à ce problème une solution certaine et unique, car le décret-loi du 30 octobre 1935 n'ayant pas précisé le fondement qu'il entend donner au droit au remboursement des obligataires, on est conduit à se reporter à la jurisprudence antérieure et à examiner quels peuvent être les effets d'une déchéance du terme ou d'une résolution du contrat de prêt sur la responsabilité des garants de la société.

92. — Lorsque le contrat a été résolu, les obligataires n'ont contre eux aucun recours.

N° 90-2. (1) Pothier avait déjà bien noté ce lien entre la confiance accordée au débiteur et le terme. Il faisait disparaître celui-ci dès que la première venait à manquer. Voir Obligations, n° 234.

N° 90-3. (1) Art. 744 du Code fédéral. Le législateur allemand a établi la même règle : art. 74, al. 2, de la loi du 20 avril 1892 sur les S.A.R.L. ; art. 155, al. 1, du Code de commerce de 1897 ; § 213, al. 3, de la loi du 30 janv. 1937. En Belgique, le terme n'est maintenu que si le liquidateur a donné des garanties pour le paiement à l'échéance, art. 184 des lois coordonnées du 30 oct. 1935, v. *infra*, n° 146.

(2) Voir *supra*, n° 89-2, note 1.

L'obligation de rembourser le montant de l'emprunt, à laquelle la société est toujours astreinte, ne résulte pas maintenant de la convention primitive de prêt, mais de la nécessité de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient au moment de contracter, qui est la conséquence du jugement de résolution. Celle-ci a donc eu un effet novatoire, et il est de principe que la novation libère la caution et les codébiteurs solidaires (1).

92. — 2. — Si au contraire la société a été déchue du terme, il est encore possible de les poursuivre, car le contrat de prêt subsiste et avec lui l'obligation de remboursement qu'ils ont garantie.

Toutefois aucune action ne peut être immédiatement intentée contre eux. La jurisprudence voit dans cette déchéance du terme une peine privée et elle se refuse à la faire rejaillir sur la caution (1) ou les codébiteurs solidaires (2). Il faut attendre l'échéance convenue ou désignée par le tirage au sort avant de leur réclamer quoique ce soit.

93. — En ce qui concerne le loyer du capital prêté, il est bien évident qu'ils n'ont à payer que les intérêts échus à la date de la déchéance du terme ou de la résolution du contrat. Pour l'avenir, cette obligation est éteinte puisque dans l'un et l'autre cas la société cesse de bénéficier des sommes empruntées.

§ 4. Du montant du remboursement des obligations

94. — Ici encore on ne peut que regretter que les auteurs du décret-loi du 30 octobre 1935 n'aient pas expliqué le fondement qu'ils désiraient donner au droit des obligataires d'exiger leur remboursement, car la jurisprudence antérieure à ce texte et à laquelle on est obligé de se référer ne permet pas de donner une réponse unique et sûre à cette question. Dans cette matière elle conduit aussi à des solutions différentes selon que l'on

N° 92-1. (1) Art. 1281, al. 1 et 2, du Code Civil. De plus on peut faire observer que le cautionnement a un caractère accessoire, et qu'il ne saurait par suite subsister lorsque l'obligation garantie est éteinte.

N° 92-2. (1) Rouen, 29 juin 1871, D.P., 1873.II.206 ; — Cass. req., 3 juill. 1890, D., 1891.I.5.

(2) Bordeaux, 10 mars 1854, D.P., 1855.II.246 ; — Amiens, 19 nov. 1921, *Recueil de la Gazette du Palais*, 1922.I.375. Pour la caution solidaire voir : Paris, 25 juin 1867, *Répertoire Dalloz*, suppl. obligations, n° 530. La solution adoptée par la Jurisprudence est toutefois moins solide dans le cas des codébiteurs solidaires. Il faut tenir compte de la représentation qui existe entre les codébiteurs solidaires, et qui fait que la faute commise par l'un est considérée comme la faute de l'autre. La déchéance du terme devrait donc dans ce cas produire ses effets à l'égard de tous

adopte le système de la déchéance du terme ou celui de la résolution du contrat.

Si l'on opte pour la déchéance du terme, la société ne peut pas se contenter de verser aux obligataires la valeur de leurs titres au taux d'émission. Elle doit les rembourser au taux stipulé dans le contrat, c'est-à-dire au taux d'émission augmenté de la prime de remboursement. Le contrat de prêt subsiste, et, si son exécution est avancée, elle est la même que celle qui avait été prévue au moment de sa conclusion (1).

Au contraire si le système de la résolution du contrat est retenu, les obligataires sont obligés de limiter leur demande au montant de la valeur de leurs titres au taux d'émission. Leur créance de remboursement ne résulte pas en effet de la convention de prêt primitive, mais du jugement de résolution qui veut que les parties soient remises dans l'état où elles se trouvaient avant de contracter. Ce but est atteint dès qu'ils ont reçu le capital que la société leur avait emprunté (2).

Toutefois, comme ils pouvaient légitimement compter sur la prime de remboursement, on leur alloue des dommages-intérêts (3). Leur importance n'est pas cependant toujours égale au montant de cette prime. Elle varie selon la méthode de calcul utilisée et surtout avec les circonstances de fait de chaque affaire.

95. — 1. — Celle du Tribunal de commerce de la Seine (1) est empreinte d'une grande rigueur mathématique. Elle consiste à rechercher, sur la base du tableau d'amortissement dressé par la société la date à laquelle les obligataires, qui ne sont pas encore remboursés, se seraient trouvés avoir des chances identiques de remboursement, c'est-à-dire le moment où le nombre des obligations à amortir aurait été égal à celui des obligations amorties. Puis on calcule la somme, qui, placée à

N° 94. (1) Lyon, 8 août 1873, S., 1875.II.105, et 13 mars 1900, *J.S.*, 1901.16 ; — Cass. civ., 20 juill. 1904, D., 1906.I.516, S., 1906.I.25, 2^e espèce.

Pour les valeurs à lots l'article 9, al. 5, du décret loi du 30 oct. 1948 semble bien impliquer une solution spéciale et unique. Ce texte prévoit en effet que la valeur de remboursement comportera la répartition uniforme entre les obligataires d'une somme correspondant à la valeur actuelle des lots fixée d'après le taux d'intérêt sur la base duquel a été constituée pour chaque émission la réserve mathématique destinée à assurer le remboursement. Bien qu'établie à propos du regroupement des obligations, cette disposition paraît commander une solution analogue dans le cas d'un remboursement résultant d'une dissolution de la société émettrice.

(2) Paris, 5 déc. 1901, *J.S.*, 1902.211 ; — Cass. civ., 20 juill. 1904, D., 1906.I.516, S., 1906.I.25. 1^{re} espèce.

(3) Voir note 2.

N° 95-1. (1) Tribunal de commerce de la Seine, 17 janv. 1898, *R.S.*, 1898.269.

intérêts composés pendant la période qui sépare le jour du jugement de résolution de cette date, aurait rapporté une somme égale à la prime de remboursement. C'est le montant du taux d'émission, augmenté de cette somme, qui est versé aux obligataires.

Cette méthode n'est pas sans inconvénient. Reposant sur un raisonnement purement comptable, elle ne tient pas compte de tous les éléments qui dominent le problème.

95. — 2. — Celle de la Cour de Paris repose sur une analyse beaucoup plus serrée (1). A la détermination arithmétique de la prime de remboursement retenue par le Tribunal de commerce de la Seine, elle ajoute les chances de gain ou de perte dont l'obligataire est privé. Celles-ci sont indiquées par le taux de capitalisation des valeurs à lots ou à tirage d'amortissement et la faveur qu'elles rencontrent dans le public. On tient compte subsidiairement et à titre indicatif des cours moyens de la Bourse et du prix d'achat et de vente des titres. Puis à ce premier élément de nature financière, elle en adjoint un autre, qui est personnel au porteur de l'obligation. Il est constitué par ce que l'on pourrait appeler « les désagréments du remboursement », c'est-à-dire les difficultés, les frais divers et les débours auxquels l'obligataire est exposé pour se procurer un placement similaire.

Cette méthode est indiscutablement supérieure à celle du Tribunal de commerce de la Seine. Elle fait un effort certain pour prendre en considération les réalités de la vie économique.

On peut toutefois lui faire un reproche. Elle se concilie mal avec l'article 1150 du Code civil qui dispose qu'en matière contractuelle le débiteur n'est jamais tenu que des dommages qu'il a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, sauf si c'est intentionnellement qu'il n'a pas exécutée celle-ci. Or même en admettant que l'élément financier et l'élément personnel à l'obligataire soient prévisibles dans leur principe (2), il n'en reste pas moins que leur quotité ne peut être appréciée à l'avance (3).

93. — 3. — Il ne faut pas en conclure cependant que cette méthode est à écarter définitivement, et que celle du Tribunal

N° 95-2. (1) Paris, 28 janv. 1879, S., 1879.II.52.

(2) Ce qui n'est pas sûr pour le deuxième élément.

(3) « ... attendu que d'après l'article 1150... le débiteur hors le cas de dol, n'est tenu que des dommages-intérêts dont la quotité a pu être prévue par lui lors du contrat... ». Cass, civ., 27 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.II.520.

de commerce de la Seine est la seule qui soit exacte. Les solutions des deux juridictions sont en effet l'une et l'autre valables, il suffit seulement d'être plus précis, et de dire qu'elles gouvernent chacune une hypothèse différente. Celle du tribunal consulaire, sera utilisée lorsque ce n'est pas intentionnellement que la société se sera abstenue de faire honneur à ses engagements. Dans le cas contraire, on appliquera l'analyse de la Cour de Paris puisque dans cette hypothèse il y a dol, et que dol oblige le débiteur à réparer le dommage, même s'il était imprévisible au moment du contrat.

Il reste toutefois à déterminer les hypothèses dans lesquelles on peut dire que la société a intentionnellement cessé d'exécuter son contrat. Au premier abord il semble qu'il en est ainsi lorsque la dissolution se ramène à un acte purement volontaire (1) de la part des associés (2), comme le *mutuus dissensus*. Ce point de vue ne serait pourtant pas exact. Le droit positif français est resté fidèle à la conception traditionnelle du *dolus romain*. La faute intentionnelle ne suppose pas seulement la connaissance du résultat dommageable qui en est la conséquence (3), elle nécessite en outre une intention malveillante, le désir de nuire à autrui (4). Or il n'est pas certain que dans tous les cas la décision de dissolution a été prise dans le but de mettre fin au contrat de prêt et de porter atteinte aux droits des obligataires. Les mobiles qui ont amené les associés à dissoudre la société sont souvent fort divers. Ce peut être simplement le désir de mettre un terme à une entreprise qui n'est plus très rentable, ou, pour des associés âgés, le besoin de se retirer des affaires. C'est pourquoi il est impossible de déterminer à l'avance les cas dans lesquels la société doit être considérée comme ayant commis un dol. C'est une question de fait qui nécessite un examen des circonstances de chaque espèce (5).

A cela on pourrait peut être objecter que si la décision de dissolution ne constitue pas une faute intentionnelle, elle est néanmoins une faute lourde, et que, suivant l'adage *culpa*

N° 95-3. (1) Voir *supra*, n° 48-2 et 48-3.

(2) L'assemblée des associés personnifie en effet la société ; elle en est l'organe.

(3) Conception allemande et anglaise de la faute intentionnelle.

(4) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4^e éd. Sirey, 1948, t. 1, n° 411.

(5) A la fin du siècle dernier, des compagnies de chemins de fer se mettaient souvent en liquidation lorsque le loyer de l'argent baissait ; elles pouvaient ainsi résilier les emprunts contractés à un taux qu'elles jugeaient trop onéreux. Dès qu'elles s'étaient reconstituées, elles émettaient d'autres obligations à un taux bien inférieur. La Jurisprudence a toujours considéré que cette pratique était dolosive. Cass. civ., 20 juill. 1904, D., 1906.I.516, S., 1906.I.25, 2^e espèce, *Cie des Chemins de fer du Rhône c/ Velat et Hours*.

lata dolo æquiparatur, elle doit être assimilée au dol. En se mettant en liquidation la société aurait commis une négligence telle des droits des obligataires, qu'il est à peine croyable qu'elle n'ait pas eu l'intention de leur nuire. Cet argument a une certaine valeur, mais il est d'une portée limitée. Il ne faut pas oublier en effet que cet adage n'est qu'une présomption non irréfragable. C'est pourquoi, même si on l'admet, il aboutit tout juste à un renversement de la charge de la preuve. L'obligataire n'aura pas à établir le dol de la société, ce sera à celle-ci de se disculper.

95. — 4. — Pour être complet sur cette question des dommages-intérêts alloués aux obligataires à la place de la prime de remboursement, il convient encore de préciser qu'ils ne seront pas dus dans toutes les hypothèses. Ils ne sont en effet que la sanction de l'inexécution fautive du débiteur. Il faut que celle-ci soit survenue par le fait de la société (1). Or il n'en est pas toujours ainsi. Un événement imprévisible a pu amener la société à la dissolution (2). C'est par exemple la réduction du nombre des associés à moins de sept personnes dans les sociétés par actions et à moins de deux dans les autres sociétés. Dans ce cas elle n'a réellement commis aucune faute. On la dispensera donc de verser des dommages-intérêts et elle paiera seulement aux obligataires une somme égale au montant du taux d'émission.

96. — Ce problème du montant du remboursement des obligataires permet de regretter à nouveau que le législateur du décret-loi du 30 octobre 1935 n'ait pas pris nettement parti sur le fondement qu'il entendait donner au droit des obligataires de demander leur remboursement, car l'option jurisprudentielle à laquelle on est obligé de se reporter pour le moment, présente un inconvénient indiscutable. Selon que l'on adopte le système de la déchéance du terme ou celui de la résolution du contrat, on est conduit à faire un sort très différent aux obligataires d'une même masse. C'est notamment ce qui s'est passé lors de la liquidation de la Compagnie des chemins de fer du Rhône (1) ; on a vu des souscripteurs d'un même emprunt

N° 95-4. (1) Ne pas confondre cette question de l'existence des dommages intérêts avec celle de leur étendue examinée précédemment. La dissolution doit être fautive (prévisible et non irrésistible) pour justifier la réparation du préjudice subi par l'obligataire, elle doit de plus être malveillante, si l'on désire étendre cette réparation aux dommages qui n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion du contrat.

(2) Voir *supra*, n° 48-3.

N° 96. (1) Cass. civ., 20 juill. 1904, D., 1906.I.516, S., 1906.I.25. Deux arrêts : *Cie des Chemins de fer du Rhône c/ Velat et Hours. Cie des Chemins de fer du Rhône contre Leloir*.

recevoir un remboursement dont le montant variait suivant que la solution de la déchéance du terme ou celle de la résolution du contrat avait été choisie. Il y a là une inélégance juridique certaine.

D'autre part, ainsi qu'on l'a déjà mentionné plus haut (2), il est difficile de parler de déchéance du terme à propos de la prime de remboursement, car celle-ci n'est possible que par l'accumulation des fractions réservées d'intérêts (3). Le terme et l'accroissement du capital, c'est-à-dire les intérêts, sont inséparables l'un de l'autre. Le versement des intérêts suppose nécessairement un certain délai pour le remboursement des capitaux empruntés. Lorsqu'on parle de déchéance du terme pour les intérêts, on méconnaît l'essence du contrat de prêt lui-même, dont le terme est un élément essentiel. La prime de remboursement étant liée à l'accumulation des intérêts, il est bien évident qu'il ne saurait être question de déchéance du terme à son sujet. Le système de la déchéance du terme ne peut trouver son application que pour le remboursement des capitaux fournis ; pour la prime de remboursement elle-même, il faut résolument revenir à la deuxième branche de l'option jurisprudentielle, au procédé de la résolution du contrat, et donner aux obligataires des dommages-intérêts. Cette solution est peut être moins avantageuse pour eux puisque le montant des dommages-intérêts n'est pas nécessairement égal à celui de la prime de remboursement, mais elle est beaucoup plus logique.

Elle est d'ailleurs utilisée en matière de faillite. Dans ce cas les obligataires ont le droit d'exiger leur remboursement immédiat puisque les articles 1188 du Code civil et 444 du Code de commerce édictent en cette hypothèse la déchéance du terme.

Mais par une singulière interprétation, la jurisprudence n'applique ces textes que pour le remboursement des capitaux qui ont effectivement été prêtés. Elle les écarte en ce qui concerne la prime de remboursement et elle substitue à celle-ci des dommages-intérêts (4).

On ne la comprend guère. Dans l'hypothèse où il existe des textes précis, dans celle de la faillite, elle n'en fait qu'un emploi restreint, alors que dans l'autre, celle de la liquidation amiable, elle n'hésite pas à établir une déchéance qui est en contradic-

(2) Voir *supra*, n° 89-2, note 3.

(3) Note Labbé, *in medio*, sous Cass. civ., 18 avril 1883, S., 1883.I.441. Note Lyon-Caen, sous Cass. civ., 18 avril 1883, D., I.361, LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., t. II, vol. I, n° 573.

(4) Paris, 23 mai 1862, S., 1862.II.327 ; — Cass. civ., 10 août 1863, S., 1863.I.428 ; — Paris, 25 mars 1868, S., 1868.II.287 ; — Douai, 24 janv. 1873, S., 1873.II.244 ; — Paris, 15 mai 1878 sous Cass. civ., 29 juin 1881, S., 1883.I.218 ; — Paris, 28 janv. 1879, S., 1879.II.52.

tion formelle avec l'interprétation que l'on donne pour le moment à l'article 1188 du Code civil et à en faire une très large application.

§ 5. *Du droit des obligataires de refuser de libérer leurs titres*

97. — Il arrive souvent qu'au moment de la dissolution certains obligataires n'aient pas encore entièrement libéré leurs titres. La société étant maintenant aussi leur débitrice par l'obligation de remboursement qui lui incombe, ils peuvent être tentés de soutenir qu'ils sont dispensés d'effectuer les versements complémentaires, puisque leur dette se trouve automatiquement éteinte par le mécanisme de la compensation.

98. — Avant le décret-loi du 30 octobre 1935, cela n'était cependant pas sûr, car la créance des obligataires n'était pas à proprement parler exigible. S'ils décidaient de demander la résolution du contrat de prêt, cette créance de remboursement ne naissait que le jour où le tribunal saisi avait prononcé la résolution. Qui plus est, elle n'était pas certaine, car il est de principe que les juges ne sont jamais obligés de résoudre un contrat. Ils appréciaient souverainement les faits de la cause pour décider si le maintien du contrat est possible ou impossible. Certes lorsqu'il s'agit d'un emprunt obligataire, il paraît douteux que la société puisse en poursuivre l'exécution, mais cela n'est pas exclu.

Dans le cas de la déchéance du terme, leur situation n'était pas plus favorable. La Cour de cassation n'avait jamais dit que la dissolution entraînait de plein droit et immédiatement l'exigibilité des dettes de la société ; elle s'était contentée d'accorder aux obligataires le droit de solliciter la déchéance du terme (1). Ils ne pouvaient réclamer le paiement de leur créances qu'à partir du jour où le tribunal avait déclaré la société déchue du terme.

Dans les deux hypothèses, il fallait donc que les obligataires aient obtenu une décision de justice pour que leurs créances soient considérées comme exigibles. Par suite la compensation ne semblait pas pouvoir être invoquée, puisque l'exigibilité des deux dettes est l'une de ses conditions essentielles.

Toutefois la situation des obligataires n'était pourtant pas aussi dure qu'elle apparaît au premier abord. Pour obtenir le versement des sommes qui lui étaient encore dues, la société

N° 98. (1) Voir *supra*, n° 87.

était elle aussi dans la nécessité de s'adresser à la Justice. La procédure classique d'exécution en Bourse est en effet difficilement utilisable au cours de la liquidation, car il y a peu de chances que les titres d'une société dissoute attirent de nombreux acquéreurs.

Les obligataires poursuivis avaient alors la possibilité de former une demande reconventionnelle à l'effet de faire résoudre le contrat de prêt ou de déchoir la société du terme dont elle bénéficiait. Les deux dettes devenaient ainsi exigibles et la compensation pouvait s'opérer. C'est ce qui s'est produit à la fin du siècle dernier dans l'affaire *du canal de Panama*. Des obligataires, assignés par la Compagnie du canal, firent valoir devant le juge que l'état de déconfiture de celle-ci était susceptible d'entraîner une déchéance du terme et qu'en conséquence ils n'avaient pas à verser des sommes que cette déchéance allait leur permettre de réclamer aussitôt (2).

99. — Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 le doute est levé puisque l'article 20 de ce texte stipule que la société est obligée de rembourser les obligataires au plus tard dans les trois mois qui suivent leur refus d'approuver sa décision. Leur créance est donc certaine et exigible, et par conséquent susceptible d'être opposée en compensation.

Le seul argument qui pourrait être invoqué en sens contraire réside dans le caractère collectif de l'emprunt et le principe de l'égalité entre tous les porteurs qui est édicté par l'article 3 de ce même décret-loi. La compensation aboutit en effet à conférer une situation privilégiée à certains d'entre eux.

Cela ne serait pourtant pas très convaincant, car ce qu'interdit ce texte c'est seulement d'accorder des droits différents à des souscripteurs d'obligations d'un même montant nominal, par exemple de consentir aux uns une prime de remboursement et de la refuser aux autres, ou encore de leur donner des primes de remboursement de valeurs inégales. Il ne vise que les droits reconnus aux obligataires au moment de l'émission, il ne concerne pas l'exercice de ces droits. Si au départ ils ont une vocation à une égalité de traitement, puisqu'ils ont les mêmes droits, les circonstances de fait, qui surviennent par la suite, peuvent au contraire améliorer ou altérer la condition de certains d'entre eux. L'obligataire qui n'a pas encore libéré ses titres au moment de la dissolution doit donc être autorisé à opposer la compensation.

(2) Trib. civ. de la Seine, 26 juill. 1889, *R.S.*, 1889.508, et 25 juin 1890, *R.S.*, 1890.427.

100. — Lorsque la société dissoute vient à être déclarée en faillite on peut hésiter sur la valeur de cette solution, car la possibilité d'opposer la compensation se trouve en principe supprimée. Constituant l'équivalent d'un droit de préférence, elle est inconciliable avec la conception égalitaire de la procédure de faillite.

Cet argument n'est cependant pas tout à fait probant. On peut se prévaloir ici de la jurisprudence la plus récente rendue en matière de compensation. Les tribunaux s'éloignent en effet de plus en plus de la conception classique qui y voyait un double paiement fictif ; la compensation est maintenant pour eux une application du droit de rétention. Ils font jouer le *debitum cum re junctum*, la notion de connexité, et ils admettent la compensation même en cas de faillite chaque fois que les dettes réciproques se rattachent à un même contrat (1). C'est ici le cas puisque les créances de la société et des obligataires ont pour origine commune le contrat de prêt. C'est pourquoi il faut considérer que la connexité entre les deux dettes fait naître un droit rétention sur les versements complémentaires que les obligataires sont fondés à opposer à la faillite.

Section II

Des porteurs de parts de fondateur

101. — La situation des porteurs de parts de fondateur est singulière. La loi n'en fait pas de véritables associés, elle écarte leurs titres du capital social (1), et la doctrine refuse de les considérer comme des créanciers (2). Au premier abord leur condition ne semble donc pas intéresser le sujet de cet ouvrage ; elle doit néanmoins être abordée, car elle est susceptible de réagir sur celle des créanciers sociaux.

En effet lorsque la société se dissout d'une manière anticipée ou lorsqu'elle fusionne avec une autre entreprise, la loi du 23 janvier 1929, en son article 10, leur permet de réclamer des dommages-intérêts, si cette dissolution ou cette fusion leur

N° 100. (1) Cass. civ., 16 mars 1942, *J.C.P.*, 1942.II.1895, note Rousseau et 13 juill. 1942, S., 1942.I.88, note Chéron, 25 mai 1943, D.C., 1944.254, note Besson 10 déc. 1946, D., 1947.87 ; — Trib. de commerce de la Seine, 15 juin 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.II.192 ; — Aix-en-Provence, 8 déc. 1954, D., 1955.226, note Percerou.

N° 101. (1) « Ces titres qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé ». Art. 1, al. 2 de la loi du 23 janv. 1929.

(2) J. ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, Sirey 1952, n° 793, p. 483.

causent un quelconque préjudice (3). Dès lors on peut se demander si cette créance de dommages-intérêts est opposable aux créanciers, si les porteurs de parts bénéficiaires peuvent prétendre concourir avec eux sur le patrimoine social.

102. — La question est délicate. Des auteurs éminents (1) ont soutenu que bien que l'on refuse aux porteurs de parts la qualité de créancier, il faut malgré tout reconnaître que le jugement, qui prononce à leur profit une condamnation à des dommages-intérêts, transforme la nature de leur droit, et fait d'eux de véritables créanciers. Les dommages-intérêts constituent essentiellement une créance qui jouit de tous les droits attachés à une créance ordinaire.

Ce point de vue semble pourtant difficile à admettre. On ne voit guère comment le droit à la réparation du préjudice porté à une situation qui était inopposable aux créanciers, peut lui-même leur être opposable. Cette solution est absolument en contradiction avec la conception reçue des parts de fondateur, dont les porteurs ne peuvent avoir de droit que sur un actif net, complètement appuré des dettes de la société. Il est d'ailleurs à noter que la jurisprudence s'est prononcée contre elle dans l'unique affaire où elle a eu à statuer sur ce problème (2).

(3) Sauf lorsque la société est dissoute à la suite d'une perte supérieure au quart du capital social. Dans ce cas en effet la dissolution de la société ne saurait être fautive puisque cette situation lui a probablement été imposée. C'est pourquoi il faut semble-t-il assimiler à cette hypothèse toutes celles où la société se trouve obligatoirement dissoute. Voir *supra*, n° 48-3. C'est d'ailleurs ce que décidait la Jurisprudence avant la loi du 23 janvier 1920. Paris, 14 janv. 1886, *J. B.*, 1886.566 ; — Cass. civ., 29 févr. 1888, *J.S.*, 1889.5 ; — Chavegrin, note au *S.*, 1889.I.417.

N° 102. (1) WAHL, « Les parts de fondateur », *J.S.*, p. 247, n° 27.

(2) Trib. de commerce de la Seine, 24 sept. 1894 et Paris, 20 juill. 1897, *J.S.*, 1895.38 ; *J.S.*, 1899.158 : « ... étaient fondés d'une part à réclamer des dommages-intérêts, et d'autre part à se présenter à la liquidation de la société... pour y faire valoir leurs droits, au cas où il resterait des fonds disponibles après le paiement des créanciers ».

Titre II

Des moyens de défense des créanciers sociaux contre les détournements de leur gage

103. — Le patrimoine de la société constituant le seul gage des créanciers sociaux, sa conservation leur importe au plus haut point. C'est pourquoi l'étude des moyens de défense dont ils disposent contre les détournements d'actif, présente un très grand intérêt. Ils sont fort divers, et vont de l'intervention dans la nomination du liquidateur à la mise en faillite de la société dissoute, en passant par la critique des aliénations de biens faites au cours de la liquidation.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INTERVENTION DES CREANCIERS SOCIAUX DANS LA NOMINATION ET LA REVOCATION DU LIQUIDATEUR

104. — La personnalité du liquidateur revêt une grande importance pour les créanciers sociaux. C'est en effet contre lui que doivent être dirigées toutes leurs demandes, et d'autre part c'est de lui que dépend maintenant la gestion du patrimoine social. Dès lors il est aisé de comprendre que des créanciers avisés aient le souci d'intervenir dans sa nomination pour éviter qu'une personne malhonnête ou incompétente ne soit mise à la tête de la société. De même le droit de critiquer sa gestion ou de solliciter sa révocation présenterait pour eux un égal intérêt.

Section I

De l'intervention des créanciers sociaux dans la nomination du liquidateur

105. — Les créanciers sociaux n'ont malheureusement pas le droit d'intervenir dans la nomination du liquidateur. Celle-ci est avant tout une opération sociale ; et comme il est de principe qu'ils n'ont pas le droit de s'immiscer dans les affaires de leur débitrice, il leur est absolument interdit d'y prendre part.

Les associés peuvent seuls procéder à cette désignation. Elle est faite soit dans le contrat de société, et le liquidateur est alors statutaire, soit par l'assemblée qui prononce la dissolution. Cette dernière hypothèse est la plus courante, le liquidateur ainsi nommé est appelé « liquidateur conventionnel ». Ce

n'est que dans le cas où il y a mésentente entre les associés que les tribunaux ont le droit de choisir eux-mêmes le liquidateur (1).

106. — On dit cependant quelquefois que les créanciers sociaux peuvent « concourir à la nomination du liquidateur » (1). Cette expression n'est pas entièrement exacte, et surtout elle prête à confusion.

Il arrive parfois en effet que le liquidateur, désireux d'éviter tout conflit avec les créanciers sociaux, essaye de provoquer indirectement leur adhésion à sa nomination, en leur offrant de représenter leurs intérêts au cours de la liquidation. Si cette mission lui est confiée, il devient leur mandataire (2).

Mais ce n'est pas parce que le liquidateur a reçu un mandat des créanciers sociaux qu'il faut en déduire que sa désignation dépend en partie de leur volonté. L'opération a simplement pour conséquence de lui permettre de joindre à sa qualité de liquidateur celle de mandataire des créanciers sociaux. Il y a deux mandats, l'un qui émane des associés et dans lequel aucun créancier ne peut intervenir, l'autre qui est conféré par une fraction ou par la totalité des créanciers sociaux. Mais avec ou sans ce dernier mandat, la personne désignée par les associés est seule qualifiée pour représenter la société et diriger sa liquidation. Il en résulte d'ailleurs cette conséquence que le liquidateur ne représente pas en principe les intérêts des créanciers sociaux. Pour qu'il en ait la possibilité, il faut que ceux-ci lui en remettent le mandat (3). La formule citée ci-des-

N° 105. (1) Le liquidateur qu'il soit statutaire, conventionnel ou judiciaire, peut être soit une personne physique, un associé ou un ancien administrateur, soit une personne morale : Bordeaux, 20 août 1839, D., 1840.II.44. Pour la Jurisprudence Belge, voir Gand, 13 févr. 1879, *Pas.*, 1879.II.211. Liège, 13 juin 1900. *R.P.S.*, 1900.164. Jurisprudence Suisse : arrêt du tribunal fédéral, 62.II.284, ou *Journal des tribunaux*, 1937, p. 265. En Allemagne la loi du 30 janv. 1937 prévoit expressément dans l'al. 1 de son § 206, la possibilité de nommer une personne morale, comme liquidateur de la société dissoute.

N° 106. (1) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, p. 596.

(2) Ce mandat n'a pas besoin d'être exprès. Il peut être tacite et résulter implicitement de l'attitude générale et des rapports habituels du liquidateur et des créanciers sociaux. La jurisprudence admet facilement ce point de vue du moment qu'il existe un indice en ce sens. Rennes, 7 juin 1865, S., 1865.II.239 ; — Cass. civ., 7 janv. 1868. S., 1868.I.172 ; Rouen, 2 août 1881, *Recueil du Havre*, 1884.II.105 ; — Cass. civ., 14 mai 1890, D.P., 1891.I.241. Même lorsque le liquidateur est nommé par justice, Rouen, 1^{er} avril 1881. S., 1882.II.153.

(3) Il ne représente dans ce cas que les créanciers sociaux qui lui ont conféré un mandat, et non les créanciers sociaux en général. Il est leur mandataire *uti singuli* et non *uti universi*, Rouen, 1^{er} août 1881, D., 1882.II.92. Il n'y a pas en effet de « masse » des créanciers puisque la liquidation amiable n'est pas collective et organisée.

sus doit donc être évitée, car elle donne une image assez faussée de la réalité. Elle conduit à penser que le consentement des créanciers sociaux est nécessaire pour nommer le liquidateur, alors que ce n'est absolument pas exact.

107. — Si on leur refuse ainsi la possibilité de s'immiscer dans la désignation du liquidateur, on peut se demander, cependant, s'il ne convient pas de leur en reconnaître le droit, lorsque les associés ont négligé de pourvoir à cette désignation. Ils y auraient un très grand intérêt car le patrimoine social, qui est aussi leur gage, risque de déperir rapidement, une fois laissée à l'abandon (1).

Un point est tout d'abord certain, c'est qu'ils ne peuvent y procéder eux-mêmes. La carence des associés ne doit pas leur permettre de se mêler aux affaires intérieures de la société. S'ils désirent remédier à cet état de choses, ce ne peut être qu'en s'adressant à la justice. Comme dans le cas de mésentente entre les associés, le tribunal nommera alors lui-même le liquidateur.

La solution n'est pas toutefois très sûre. La jurisprudence est fort divisée et dans les juridictions du fond la négative paraît l'emporter (2). Quant à la Cour de cassation elle n'a guère eu qu'une seule fois l'occasion de statuer sur cette question (3), et son arrêt est assez obscur. Il importe d'en citer le principal attendu :

« ... attendu, en effet, que si par dérogation au principe que les associés ont seuls le droit de solliciter la désignation par le tribunal du liquidateur d'une société dissoute, un créancier, peut en faisant valoir un droit propre, formuler une pareille demande accessoirement à l'action en nullité de la société qu'il a intentée, lorsque du moins la nomination d'un liquidateur apparaît nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts, et sous la condition que les associés ne procèdent pas eux-

N° 107. (1) Cette question est d'autant plus importante que la Jurisprudence n'admet pas que l'on puisse considérer les anciens dirigeants de la société, gérants, administrateurs, ni même les associés, comme étant liquidateurs de plein droit : Cass. civ., 13 juin 1831, D., 1831.I.200. Au contraire les législations étrangères reconnaissent souvent aux anciens dirigeants de la société la qualité de liquidateur de droit : en Belgique, art. 113 des lois coordonnées du 18 Lai 1873. En Suisse, art. 580 du Code fédéral des obligations. En Allemagne, § 206 de la loi du 30 janv. 1937 sur les sociétés par actions.

(2) En faveur d'une demande des créanciers en nomination d'un liquidateur : Trib. de commerce de Dijon, 26 juill. 1861 et Dijon, 17 mars 1862, D., 1862.II.94. Mais *contra* : Lyon, 27 mai 1859, S., 1860.II.16 et 24 déc. 1860. S., 1861.II.557 ; — Aix-en-Provence, 31 mai 1871, S., 1872.II.47, et 11 nov. 1871, D., 1873.II.78.

(3) Cass. civ., S.C.F., 14 janv. 1952, *Bull. cass.*, 1952.II, n° 20, p. 15.

mêmes à cette désignation après la déclaration de nullité, c'est à juste titre qu'en l'espèce la Cour d'appel a débouté la Deutsche Bank de sa demande en nomination d'un liquidateur à la société *Veuve Catoire et fils de Moscou*, dès l'instant où des qualités et des motifs de l'arrêt attaqué, il résulte que la demanderesse qui n'exerçait pas les droits de sa débitrice, mais agissait en son nom propre, n'avait pas saisi les juges d'une action en nullité de la société sus-nommée... ».

Il semble donc que pour la Cour suprême les créanciers sociaux n'ont le droit de demander aux tribunaux la nomination d'un liquidateur que dans des cas exceptionnels. Les conditions qu'elle exige, sont en effet très strictes. La désignation du liquidateur n'est pas par principe présumée utile à leur protection, ils doivent démontrer dans chaque litige qu'ils y ont intérêt.

Si cela peut se comprendre puisqu'il y a des hypothèses dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la société dissoute ait un liquidateur (4), il en est par contre autrement de la seconde condition. L'exigence d'un droit propre au créancier agissant est assez peu claire.

Celui-ci ne peut s'identifier avec l'utilité que présente la nomination du liquidateur, puisque, comme on vient de le voir, la Cour de cassation impose déjà aux créanciers sociaux la preuve de cette utilité. Il ne saurait être question, non plus, de l'assimiler à leur droit de créance, car sans celui-ci leur demande serait irrecevable comme dépourvue d'intérêt.

Ces tentatives d'interprétation une fois écartées, il apparaît alors que le droit propre, tel que le conçoit la Cour suprême, n'existe que dans des hypothèses bien particulières, comme celle d'une action en nullité de la société dissoute. Dans ce cas on se trouve en effet en présence d'un droit qui, tout en étant lié à une créance, en est indépendant et personnel au créancier poursuivant, puisque tous les créanciers sociaux n'ont pas le même intérêt à solliciter du tribunal la nullité de la société (5). A ce cas il semble d'ailleurs exact de joindre celui de l'action en déclaration de simulation d'une société. Là aussi

(4) Il en est ainsi lorsque le patrimoine se trouve déjà converti en deniers déposés dans une banque. Aucune dépréciation n'est à craindre. Par ailleurs l'absence de liquidateur n'empêche pas les créanciers sociaux d'assigner valablement la société. Voir, *supra*, n° 79.

(5) Un créancier chirographaire peut avoir intérêt à demander la nullité de la société pour faire tomber l'hypothèque d'un autre créancier, dont la créance, très importante, risque d'absorber tout le produit de la vente des biens hypothéqués. L'hypothèque, une fois disparue, son ancien bénéficiaire sera obligé de concourir sur un plan d'égalité avec les autres créanciers chirographaires.

le droit du créancier, tout en étant lié à une créance, en est indépendant, car d'autres créanciers n'ont peut être pas le même avantage à démontrer le caractère simulé de la société. Mais toutes ces hypothèses ne sont pas spéciales à une société en liquidation, elles peuvent également se réaliser au cours de la vie active d'une société. On est alors conduit à penser que dans une situation normale, celle d'une société dissoute qui n'est ni viciée, ni simulée, les créanciers sociaux n'ont aucun droit à demander au Pouvoir Judiciaire de pallier la carence des associés, de pourvoir à la nomination du liquidateur.

Cependant, malgré cette interprétation, un point reste à élucider. A la fin de l'attendu ci-dessus rapporté, la Cour de cassation prend soin de relever que la demanderesse agissait en son nom propre et n'exerçait pas les droits de sa débitrice. Cette précision était superflue, son arrêt de rejet était parfaitement justifié par la constatation que le créancier ne se prévalait pas d'un droit propre. C'est pourquoi l'on peut penser qu'elle a voulu marquer par là même qu'elle entendait réserver la question. Il est possible qu'elle ait désiré indiquer par ces détails inutiles que, si en agissant en leur nom propre, les créanciers sociaux n'ont le droit de solliciter la nomination d'un liquidateur que dans des cas exceptionnels, par contre en exerçant les droits de leur débitrice, c'est-à-dire en prenant la voie oblique, ils sont fondés à demander cette nomination sans réunir de conditions autres que celles qu'exige l'article 1166 du Code civil.

Toutefois, en l'absence d'une confirmation explicite de la Cour suprême, cette interprétation ne peut être que tout à fait hypothétique.

Section II

De la surveillance de la gestion du liquidateur et de sa révocation par les créanciers sociaux

108. — N'étant pas, pour la gestion de la société dissoute, le mandataire des créanciers sociaux mais uniquement celui de la personne morale (1), le liquidateur ne peut recevoir au-

(6) Le projet de la Commission de Réforme du Code de commerce et du Droit des Sociétés prévoit que tout intéressé à le droit de demander la nomination d'un liquidateur au président du Tribunal de commerce du lieu du siège social qui statue par ordonnance sur requête. Voir t. III des travaux p. 599 (art. 8 C).

N° 108. (1) En effet bien que désigné par les associés le liquidateur n'est jamais que le mandataire, l'organe de la personne morale. Comme pour un gérant ou un administrateur, c'est au nom de la société que les associés procèdent

cune critique de leur part. Une jurisprudence bien établie confirme d'ailleurs cette solution (2), et l'étend à l'hypothèse où le liquidateur demeure dans l'inaction. Ils ne sont pas autorisés à lui reprocher sa carence, ni à en prendre prétexte pour intervenir dans la gestion de la société (3). Cette impossibilité de censurer les actes du liquidateur existe dans tous les cas, et même dans celui où il se rendrait coupable d'infractions graves. De tels faits donneraient seulement aux créanciers sociaux le droit de le poursuivre civilement ou pénalement.

109. — Pour les mêmes raisons, on refusera également aux créanciers sociaux le droit de demander la révocation du liquidateur. Il n'est pas leur mandataire, et ceux-ci ne sauraient donc lui retirer un mandat qu'ils ne lui ont pas conféré (1). Le fait qu'ils lui auraient confié la mission de représenter leurs intérêts, ne modifie en rien cette situation. Il y aurait simplement un second mandat, dont la suppression ne l'empêcherait pas de garder ses fonctions de liquidateur. Il faut d'ailleurs remarquer que dans cette hypothèse le consentement de tous les créanciers qui l'ont chargé de défendre leurs droits, serait nécessaire pour mettre fin à ce deuxième mandat. Dans ce cas il est en effet leur mandataire, mais *ut singuli* et non *ut universi* (2).

110. — La condition des créanciers sociaux est ainsi assez dure puisqu'ils ne peuvent désigner, révoquer ou critiquer la personne qui a la gestion de leur gage. Cette situation n'est cependant pas nouvelle, car durant la vie active de la société ils n'avaient pas non plus le droit d'intervenir dans la nomination et la révocation des gérants ou des administrateurs.

à la nomination du liquidateur, et, s'il doit leur rendre des comptes, c'est parce que leur assemblée représente les intérêts de la société et la société elle-même.

Cass. civ., 14 mars 1882, D., 1882.I.41 ; — Lyon, 9 févr. 1883, D., 1883.II.113 ; — Rouen, 27 juill. 1892, R.S., 1893.29. Pour la Jurisprudence belge, voir Bruxelles, 29 févr. 1891, Pas., 1891.II.149 ; — Cass. civ., 20 janv. 1898, Pas., 1898.I.72 et 12 nov. 1903, Pas., 1904.I.47.

(2) Lyon, 24 déc. 1860, S., 1861.II.557 ; — Aix-en-Provence, 31 mai 1871, S., 1872.II.47 ; — Paris, 3 janv. 1886, R.S., 1887.297 ; — Trib. de com. S., 1872.II.47 ; — Paris, 3 janv. 1886, R.S., 1887.297 ; — Trib. com. Seine, 6 sept. 1892, R.S., 1893.93 ; — Douai, 26 juill. 1897, D.P., 1898.II.123.

(3) Trib. com. Seine, 6 sept. 1892, R.S., 1893.93 ; — Cass. req., 22 janv. 1930, S., 1930.I.185 et 2 juill. 1934, S., 1935.I.49.

N° 109. (1) Douai, 26 juill. 1897, D., 1898.II.123 ; — Paris, 15 juill. 1932, R.S., 1933.81 ; Gaz. Pal., 1932.II.724.

(2) Voir *supra*, n° 106, note 3.

N° 110. (1) En ce qui concerne les sociétés d'assurances ou de capitalisation, le liquidateur est désigné sur requête du secrétaire d'Etat aux Finances par ordonnance du président du tribunal civil. Article 18 du décret-loi du 14 juin 1938. Il est révocable également par le président du tribunal civil sur rapport du juge chargé de contrôler ses opérations. Article 19.

CHAPITRE II

DE LA CRITIQUE PAR LES CREANCIERS SOCIAUX DES ALIENATIONS DU PATRIMOINE SOCIAL ETUDE DE LA TRANSMISSION DU PASSIF CONCOMITANTE A CES ALIENATIONS

111. — La réalisation des biens de la société qui est indispensable pour fournir les deniers nécessaires à l'extinction de ses dettes et au partage qui suit la liquidation, est susceptible de permettre diverses fraudes à l'encontre des droits des créanciers sociaux. Par l'intermédiaire d'aliénations fictives ou consenties à des tiers insolvable, la société peut aisément détourner une grande partie de son patrimoine. C'est pourquoi il importe de déterminer les moyens dont les créanciers disposent pour parer à ces entreprises. En outre dans le cas où ceux-ci n'ont pas le droit de critiquer les aliénations ainsi faites, il convient encore de rechercher dans quelle mesure ils peuvent prétendre poursuivre l'acquittement de leurs créances contre les acquéreurs des biens sociaux.

Section I

De la critique par les créanciers sociaux des aliénations du patrimoine social

112. — La société dissoute dispose de divers moyens pour diminuer le gage des créanciers sociaux. La vente, l'apport en société, faits à vil prix ou consentis à des tiers insolvable, sont les procédés les plus courants. Elle recourt parfois cependant à des méthodes plus perfectionnées et notamment à la simulation. La vente est fictive ou dissimulée sous les traits d'un louage. Contre ces multiples combinaisons, dont le but

commun est le détournement du gage des créanciers sociaux, il existe quelques moyens de défense. Ils ressortent tous au droit commun ; on peut les utiliser par la voie oblique ou par la voie directe.

113. — La voie oblique est surtout précieuse quand ces aliénations ont été faites à vil prix ou au profit de tiers insolubles, car elle permet aux créanciers sociaux d'en obtenir assez facilement la résolution. Lorsque la société a vendu un de ses immeubles pour un prix dérisoire, et qu'elle s'abstient de demander la rescision de la vente pour lésion de plus des sept dixièmes, il pourront ainsi agir à sa place. L'action en rescision n'étant pas personnelle au débiteur, il n'y a aucun obstacle à ce qu'ils l'utilisent (1). De même si la société néglige de poursuivre en paiement ceux à qui elle a vendu, échangé, ou loué un meuble ou un immeuble, ils auront en son nom le droit d'exiger ce paiement ou de solliciter la résolution du contrat. Ces actions sont très utiles. Il faut toutefois noter que la protection qu'elles apportent aux droits des créanciers sociaux, est assez limitée lorsque l'aliénation est une vente portant sur un meuble. Dans ce cas en effet, si le tiers acquéreur est en état de faillite, l'action résolutoire est implicitement écartée par l'article 576 du Code de commerce (2).

114. — La voie directe est parfois préférable, car elle permet aux créanciers sociaux d'employer des actions qui peuvent retirer tout effet à des conventions parfaitement valables, et dont les bénéficiaires ont exécuté les obligations.

Par le moyen de l'action paulienne, ils pourront rendre inopposables à leur égard des contrats en eux-mêmes inattaquables, mais par lesquels la société a cédé dans le but de leur nuire une fraction importante de son patrimoine. Il leur suffira de

N° 113. (1) La conception actuelle de la lésion étant plus objective que subjective (Cass. req., 28 déc. 1932, D.P., 1933.I.87 et 21 mars 1933, D.H., 1933.235) l'action en rescision ne repose pas sur un vice présumé du consentement. Elle n'est donc pas personnelle au débiteur. Elle ne peut cependant pas être exercée lorsqu'il s'agit non plus d'une vente, mais d'un apport en société. Se fondant sur l'absence de paiement d'un prix en argent et aussi sur le caractère aléatoire de la contrepartie obtenue par l'apporteur, la Jurisprudence refuse à celui-ci et à ses créanciers le droit de demander la rescision de l'apport. Cass. req., 12 juin 1945, *J.S.*, 1946.228 ; — Aix-en-Provence, 9 févr. 1949, *J.C.P.*, 1949.II.5068.

(2) Dans le cas d'une vente d'immeuble, l'action résolutoire est liée au privilège du vendeur et à son inscription qui depuis le décret du 4 janvier 1955 n'est plus acquise d'office par la transcription. Si donc la société s'est abstenue de le faire inscrire les créanciers sociaux devront y procéder à sa place. Article 2108 du Code civil. Il en est de même pour la vente du fond de commerce. Article 2 de la loi du 17 mars 1909.

prouver son intention frauduleuse et celle de l'acquéreur. Cela est cependant assez difficile à démontrer, la jurisprudence est d'ailleurs stricte. C'est ainsi qu'elle a refusé de considérer comme révélateur de l'intention de fraude l'apport fait à une autre société composée de relations et d'anciens employés de la société dissoute (1). En cas de faillite, cette action est remplacée par celle de l'article 478 nouveau du Code de commerce (ancien article 447 remplacé par l'article 12 du décret du 20 mai 1955) qui des caractères assez semblables et dont les conditions d'application ne sont pas très différentes (2) ; s'agissant là toutefois, d'une procédure organisée, elle ne sera plus exercée individuellement par les créanciers sociaux mais par le représentant de leur masse.

Il est quelquefois nécessaire de recourir à l'action en déclaration de simulation. Il en est ainsi lorsque la société a déguisé l'acte qui porte préjudice aux créanciers sociaux, ou lorsque celui-ci est fictif. Il arrive en effet qu'elle cache la vente de son fonds de commerce sous l'apparence d'un louage ou qu'elle en apporte séparément les éléments à une autre société afin d'échapper à l'application de la loi du 17 mars 1909 qui protège ses créanciers (3). Dans ce cas l'action paulienne n'est pas d'un grand secours, car il est pratiquement impossible de réunir ses conditions. Il en est souvent de même lorsque les actes de la société ne sont pas déguisés, mais fictifs. C'est ainsi qu'on vient de voir que la jurisprudence n'admet pas que l'apport fait à une société composée d'amis ou de relations de la société dissoute, puisse être par principe considéré comme frauduleux. Dans toutes ces hypothèses il sera plus facile d'agir par l'action en déclaration de simulation, car il suffira de prouver le caractère simulé ou fictif de la convention attaquée. Cette action présente en outre l'avantage de pouvoir être exercée par tous les créanciers sociaux alors que l'action paulienne ne peut être employée que par ceux dont le droit est antérieur à l'acte contesté. En effet ceux dont le droit n'est né que postérieurement, ne peuvent se plaindre, puisqu'au moment où ils ont traité, ils savaient que la société avait conclu le contrat discuté.

N° 114. (1) Paris, 8 mai 1939, S., 1939.II.137. Elle peut parfois résulter des statuts de la société bénéficiaire de l'apport lorsque ceux-ci comprennent des clauses inhabituelles : mise en réserve de tous les bénéfices jusqu'à la fin de la société : Lyon, 10 mai 1898, *J.S.*, 1899.76. Dans le cas particulier des sociétés de personnes, il ne suffit pas de prouver la fraude du gérant, il faut encore démontrer celle de tous les associés : voir Henry BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, 1955, p. 293 et s.

(2) Cass. req., 2 janv. 1935, S., 1935.I.69.

(3) Rouen, 22 févr. 1911, D., 1936.II.59 sous note A ; — Cass. req., 23 oct. 1934, D.H., 1934.521.

Section II

Etude de la transmission du passif concomitante à ces aliénations

115. — Lorsque les créanciers sociaux n'ont pas réussi dans leur critique des aliénations faites par la société, c'est-à-dire lorsque celle-ci est présumée exempte de toute intention malveillante à leur égard, on peut se demander s'il ne leur reste pas un autre moyen de protéger leurs droits, s'ils ne peuvent pas prétendre recouvrer leurs créances sur les acquéreurs des biens de la société. La transmission de l'actif impliquerait alors celle du passif (1). Il s'agit là d'une question assez complexe, car les modes d'aliénation employés peuvent être fort divers et porter sur une fraction plus ou moins importante du patrimoine de la société. C'est ainsi que cette dernière a la possibilité d'employer douze combinaisons différentes. Elle peut transmettre à un tiers la totalité ou une partie seulement de son actif contre paiement d'un prix, l'attribution de droit sociaux dans la société bénéficiaire de l'apport, ou encore moyennant une rémunération comprenant à la fois le paiement d'un prix et la remise de droits sociaux. Comme par ailleurs dans chacune de ces hypothèses, il peut y avoir une clause prévoyant que l'acquéreur se charge de tout ou partie du passif, on se trouve bien devant le chiffre de douze combinaisons possibles. Outre cette diversité de situations, l'existence de deux régimes juridiques complique encore le problème. Il faut en effet distinguer entre la transmission d'un bien quelconque, qui est régie par le droit commun, et celle d'un fonds de commerce, qui est réglementée par la loi du 17 mars 1909.

§ 1. *De la transmission d'un actif quelconque*

116. — C'est la question la plus délicate, car on ne peut s'appuyer ici sur aucune réglementation particulière. Les solutions doivent être déduites du droit commun.

En dehors de la détermination des hypothèses dans lesquelles le passif est transmis en même temps que l'actif, il y a deux points qui méritent une attention spéciale. Il convient en effet de définir à quel titre le cessionnaire du patrimoine social

N° 115. (1) Cela serait surtout précieux pour les créanciers à terme dont le règlement est éloigné, car les autres créanciers ont toujours la possibilité d'exiger de la société, sous la menace d'une mise en faillite, leur paiement immédiat avant la réalisation des aliénations en question. Voir *infra*, chap. 3.

peut être poursuivi, et de rechercher si les créanciers sociaux n'ont pas le bénéfice d'une séparation des patrimoines à l'encontre des créanciers personnels de celui-ci.

117. — Pour déterminer les cas dans lesquels le passif suit le sort de l'actif, il faut avant tout opérer une distinction très importante entre la « cession », c'est-à-dire une vente ou un échange, et « l'apport en société ». Cette distinction est d'ailleurs assez facile à faire dans la pratique ; il suffit pour cela d'examiner si le bénéficiaire de la transmission rémunère la société dissoute par le paiement d'un prix, ou par l'attribution de droits sociaux restant exposés aux chances de gains ou de pertes de son entreprise (1). Ainsi lorsque la société dissoute transmet son patrimoine totalement ou partiellement à une autre société, il y aura « apport » si celle-ci lui remet des droits sociaux, des actions et « cession » si elle lui verse un prix.

Quand il s'agit d'une cession, il est bien évident que l'acquéreur ne saurait être obligé de payer le passif social. Une transmission à titre particulier ne peut entraîner une succession aux dettes. C'est ce que rappelle à juste titre un ancien arrêt de la Cour de cassation :

« ... Attendu qu'aucun texte de loi ne fait résulter de la transmission ou de la simple détention d'un actif mobilier ou immobilier, une obligation personnelle pour le détenteur.... » (2).

Tout ce que les créanciers sociaux peuvent faire, c'est de le contraindre par une opposition à ne pas se libérer du prix de son acquisition entre les mains du liquidateur.

117. — 2. Lorsqu'il y a apport de l'actif social à une autre société ; la situation est plus complexe, et la jurisprudence est fort divisée. Un certain nombre de décisions des juridictions du fond et même un arrêt de la Chambre des requêtes rejettent toute idée de succession aux dettes en s'appuyant sur cette considération que la personnalité morale de la société absorbante est différente de celle de la société dissoute et absorbée (1). D'autres arrêts, beaucoup plus nombreux, et qui

N° 117-1. (1) Orléans, 11 mai 1882, *R.S.*, 1883.27 ; — Cass. req., 18 janv. 1924. *Revue de droit bancaire*, 1924.431 et 3 déc. 1925. *Recueil juridique des sociétés*, 1926.127.

(2) Cass. civ., 18 déc. 1844, *D.P.*, 1845.I.15 ; *S.*, 1845.I.190. Voir aussi : Rouen, 25 août 1841, *D.P.*, 1845.I.16 en note. Trib. com. Seine, 20 janv. 1909 et Paris, 13 juill. 1909, *J.S.*, 1911.67 ; — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd. 1931, t. II, n° 449.

N° 117-2. (1) Paris, 22 août 1849, *D.P.*, 1849.II.235 ; — Cass. req., 18 juill. 1865, *D.P.*, 1866.I.88, *S.*, 1865.I.370 ; — Lyon, 28 févr. 1907, *D.*, 1913.II.265 ; — Trib. com. Seine, 9 avril 1910, *D.P.*, 1911.V.20.

paraissent mieux représenter la jurisprudence dominante, admettent au contraire la possibilité d'une transmission du passif ; mais la subordonnent à une condition (2), l'apport doit porter sur la totalité de l'actif social. Ils appliquent ainsi la distinction classique entre l'ayant cause à titre particulier et l'ayant cause à titre universel. Celle-ci était d'ailleurs déjà en germe dans un attendu de l'arrêt de la Chambre civile du 18 décembre 1844 cité précédemment. Cette solution est incontestablement la meilleure, il est en effet de l'essence de l'ayant cause à titre universel de succéder au passif. Par conséquent si la société absorbante a reçu tout l'actif de la société dissoute, elle sera tenue de toutes ses dettes, alors que si elle n'a recueilli qu'une fraction seulement de cet actif, elle ne succédera pas à son passif.

Mais que décider lorsque l'apport est mixte, c'est-à-dire lorsqu'il comprend à la fois le paiement d'un prix et l'attribution d'actions. Si cet apport ne porte que sur une partie des biens de la société dissoute, il est certain que les créanciers sociaux ne pourront pas poursuivre la société absorbante, puisque celle-ci n'est qu'un ayant cause à titre particulier. Ils auront seulement la possibilité de s'opposer à ce que celle-ci se libère de son prix entre les mains du liquidateur (3). Quand cet apport intéresse au contraire tout l'actif de la société en liquidation, la solution n'est pas plus difficile à déterminer. Il faut en effet considérer que par le fait même qu'il y a un prix à payer, la société bénéficiaire de cet apport ne peut jamais être tenue pour un ayant cause à titre universel. La transmission réalisant pour partie une vente et pour partie un apport, elle ne peut être qu'un ayant cause à titre particulier, nullement chargé du passif (4).

118. — Dans le cas où l'apport aboutit à une véritable fusion, lorsqu'il concerne tout l'actif de la société dissoute, les créanciers sociaux ont le droit de considérer la société absorbante

(2) Cass. req., 21 nov. 1848, D., 1849.I.252 ; — Lyon, 17 mars 1864, sous Req., 18 juill. 1865, D., 1866.I.88 ; S., 1865.I.370 ; — Cass. civ., 28 juin 1865, D.P., 1865.I.360 ; — Paris, 9 nov. 1883, J.S., 1884.14 et 23 janv. 1912, S., 1912.II.297, note Wahl ; D., 1913.II.217, note Palmade ; — Cass. req., 26 oct. 1930, J.S., 1931.97 ; — Paris, 10 déc. 1937, J.C.P., 1938.II.591. — Pour la Jurisprudence belge voir dans le même sens : Cass. civ., 3 déc. 1896, J.S., 1899.55.

(3) Pour le paiement de cette soultte ils seront d'ailleurs protégés, en agissant, au nom de la société dissoute, par le privilège du vendeur de meubles ou d'immeubles. Cass. civ., 13 juill. 1841, D.P., 1841.I.731 ; — Orléans, 11 mai 1882, J.S., 1883.437.

(4) Paris, 23 janv. 1912, S., 1912.II.297, note Wahl ; D., 1913.II.217, note Palmade.

comme leur véritable débitrice. Etant une ayant cause à titre universel, elle n'est pas en effet la simple caution de la société apporteuse (1), elle lui succède pour le paiement de ses dettes. C'est pourquoi elle ne saurait inviter les créanciers sociaux à agir d'abord contre la société en liquidation. Il est d'ailleurs à croire que cette dernière serait bien incapable de payer leurs créances, et tout ce qu'ils pourraient faire serait de saisir les actions de la société absorbante qui sont détenues par elle.

En dehors de cette hypothèse, le titre, auquel les créanciers sociaux ont le droit d'exiger leur paiement de la société bénéficiaire de l'apport, paraît sans intérêt puisqu'il n'y a de transmission du passif que lorsque celle-ci est un ayant cause à titre universel. Cela n'est pourtant pas exact. Il arrive que la société absorbante, même si elle ne recueille qu'une faible partie du patrimoine de la société dissoute, se charge d'une fraction ou de la totalité de son passif. Les créanciers sociaux profitent de cette stipulation et acquièrent le droit de la poursuivre (2). Toutefois ce ne peut être dans ce cas qu'à titre de caution ou de codébitrice-solidaire suivant la nature de cette convention. La cession de dettes étant interdite dans le droit français (3), elle n'est pas devenue réellement leur débitrice. Les créanciers sociaux ne sont donc pas obligés d'agir contre elle, ils conservent la faculté d'assigner en paiement la société dissoute (4).

119. — Lorsque les créanciers sociaux agissent contre la société absorbante, ils risquent de se heurter aux prétentions des créanciers personnels de celle-ci. Il convient alors de rechercher s'ils sont obligés de subir leur concours sur les biens apportés, ou s'ils jouissent d'un droit de préférence sur ceux-ci.

C'est une question délicate ; ce droit de préférence ne peut résulter que d'une séparation des patrimoines, et l'existence de celle-ci est incertaine. Si au début du siècle elle comptait encore quelques partisans (1), la majorité des auteurs en rejettent maintenant toute idée (2).

Pourtant il ne semble pas impossible d'octroyer cette faveur aux créanciers sociaux. Si on la restreint à l'hypothèse dans laquelle la société absorbante est l'ayant cause à titre universel

N° 118. (1) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 767.

(2) Paris, 24 janv. 1865 et Cass. req., 13 juin 1866, D.P., 1868.I.37 ; — Cass. req., 28 mars 1877, D.P., 1877.I.501 et 11 févr. 1879, D.P., 1880.I.346.

(3) Sauf le cas des ayants cause à titre universel.

(4) Cass. req., 1^{er} juill. 1930, R.S., 1930.378 et J.S., 1932.16 ; — Trib. com. Marseille, 27 mai 1932, R.S., 1934.239.

N° 119. (1) LACOUR, J.S., 1913, p. 114.

(2) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 767 ; — J. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. III. *Les sociétés commerciales*, Sirey, 1954, n° 1175.

de la société dissoute, il n'y a aucune raison logique qui conduise à la leur refuser. On se trouve en effet en présence d'une transmission à titre universel, et celle-ci comporte usuellement une séparation des patrimoines.

A cela on répond généralement (3) que la séparation des patrimoines constitue l'équivalent d'un privilège, et que l'on ne peut l'admettre que dans les cas où le législateur l'a expressément établie.

Cet argument n'est cependant pas convaincant. On doit en effet faire remarquer que, bien que le Code civil ne l'ait prévue qu'en ce qui concerne les successions *ab intestat* (1), la jurisprudence et les auteurs n'ont pas hésité à l'étendre à la succession testamentaire en se contentant de dire que le légataire universel ou à titre universel est *loco heredum*. Si on accepte cette extension du titre 1, intitulé « des successions », au titre 2 qui traite « des donations entre vifs et des testaments », il faut en faire autant pour le titre 9 réglementant la matière des sociétés, et qui est lui aussi compris dans le livre 3 du Code civil. Et il ne sert de rien d'objecter que les auteurs de celui-ci n'ont certainement pas eu en vue l'hypothèse de la fusion de sociétés, car on pourrait faire cette critique à la plupart des constructions juridiques modernes. L'important n'est pas de déduire du Code des règles conformes aux conceptions d'hommes qui vivaient au temps de la diligence et de la société en nom collectif, mais de bâtir des solutions solides, cohérentes et utiles. Or, comme on vient de le voir, l'application de la séparation des patrimoines à la fusion des sociétés n'est absolument pas illogique et arbitraire. Elle est de plus nécessaire à la protection des créanciers sociaux, car la société dissoute peut trop facilement les frustrer de leurs droits en apportant son patrimoine à une autre société créée pour la circonstance et composée de tiers complices (5).

Les législateurs étrangers ont d'ailleurs bien aperçu qu'il est indispensable d'assurer la sécurité des créanciers sociaux contre ce genre de danger. Le Code fédéral suisse leur accorde une séparation des patrimoines qui est très perfectionnée, car pour éviter une confusion matérielle des biens apportés avec ceux de la société absorbante, il déclare les dirigeants de cette dernière personnellement et solidairement responsable de leur

(3) Voir note 2.

(4) L'article 879 qui établit la séparation des patrimoines se trouve au titre I, intitulé « Des successions », du Livre 3 (des différentes manières dont on acquiert la propriété).

(5) Voir *supra*, n° 115.

administration séparée (6). La loi suédoise sur les sociétés anonymes du 14 septembre 1944 a fait même un pas de plus, puisqu'elle organise au contrôle judiciaire de la fusion au cours duquel les créanciers de la société en liquidation, ceux à terme compris, peuvent exiger leur paiement immédiat en faisant opposition (7). Les droits allemand, chinois et japonais (8), ont adopté des mesures semblables pour ceux dont la créance est échue. Quant aux créanciers à terme, ils ont le droit de demander des sûretés.

§ 2. *De la transmission d'un fonds de commerce*

120. — Le fonds de commerce d'une entreprise constituant souvent l'essentiel de son actif, le législateur de la loi du 17 mars 1909 a cru bon de prendre quelques dispositions particulières protectrices des droits de ces créanciers. Comme précédemment il faut opérer une distinction suivant qu'il s'agit d'une cession ou d'un apport en société.

121. — Lorsqu'il y a vente du fonds de commerce, la loi du 17 mars 1909 n'apporte pas de nouveautés très importantes par rapport au droit commun. L'acquéreur demeure un ayant cause à titre particulier, nullement tenu du passif. Par contre elle permet aux créanciers de faire plus facilement opposition à ce que celui-ci se libère de son prix entre les mains du liquidateur de la société dissoute. Cette dernière doit en effet effectuer une publicité de l'aliénation par le moyen de deux insertions dans un journal d'annonces légales. Les créanciers sociaux ainsi avertis peuvent alors faire aisément opposition dans les dix jours qui suivent la seconde insertion (1). Si cette publicité n'est pas accomplie, l'aliénation leur est inopposable. Ils sont en outre protégés contre une dissimulation de prix, une vente à vil prix, par un droit de surenchère du sixième (2).

122. — L'apport en société comporte également une publicité qui est effectuée dans les mêmes conditions (1), et qui fait

(6) Art. 748, al. 2 et 5. Voir aussi l'ancien art. 306 du Code de commerce allemand de 1897.

(7) *R.T.D.C.*, 1949, p. 41.

(8) *Allemagne* : La loi du 30 janv. 1937 sur les sociétés par actions, § 241. De plus si les créanciers sociaux acceptent la fusion, les administrateurs de la société dissoute et de la société absorbante sont déclarés personnellement et solidairement responsables du dommage qui pourrait leur arriver.
Chine : Loi sur les sociétés du 12 avril 1946, art. 67 à 71.
Japon : Art. 100 C. com.

N° 121. (1) Article 3 de la loi du 17 mars 1909 et loi du 11 mars 1949. Les créanciers à terme peuvent également faire opposition.

(2) Article 5, loi du 17 mars 1909.

N° 122. (1) Article 7 de la loi du 17 mars 1909, alinéa 1.

d'ailleurs double emploi avec celle que lui impose déjà le droit commun. Dans les dix jours qui suivent la seconde insertion, les créanciers sociaux doivent déclarer au Greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds leur qualité et le montant des sommes qui leur sont dues. Si dans les vingt cinq jours, toujours de la seconde insertion, la société absorbante n'a pas demandé l'annulation de l'apport, elle est solidairement tenue du passif de la société dissoute, tel qu'il a été déclaré au Greffe du Tribunal de commerce (2). C'est là que réside l'innovation. En effet la loi du 17 mars 1909 n'exige pas, pour qu'il y ait transmission du passif, que la société bénéficiaire de l'apport soit l'ayant cause à titre universel de la société en liquidation. Il n'est pas nécessaire ici que l'apport s'étende à tout l'actif social, il peut ne porter que sur une fraction de celui-ci.

En ce qui concerne l'apport mixte, la solution est la même. Mais si les créanciers sociaux désirent profiter des avantages de l'opposition et de la succession aux dettes, il leur faut accomplir les deux formalités, car chacune d'entre elles ne produit, selon la jurisprudence, que les effets qui lui sont propres (3). Ils devront donc, pour le paiement du prix, faire opposition, et pour la transmission du passif, déclarer au Greffe du Tribunal de commerce le montant de leurs créances.

Toutefois la société absorbante ne devient pas ici la véritable débitrice des créanciers sociaux. Elle est simplement la codébitrice solidaire de la société en liquidation (4). Il reste donc possible d'agir contre cette dernière, ce qui peut présenter un intérêt lorsque l'apport ne s'est pas étendu à l'ensemble de son patrimoine.

Quant à la séparation des patrimoines, le législateur n'a pas abordé la question. C'est pourquoi on ne peut que renvoyer aux observations qui ont été faites précédemment (5).

123. — La protection dont jouissent les créanciers sociaux à propos des détournement de l'actif social, n'est que relative. Le droit commun leur donne, certes, des armes ; mais les conditions d'application des actions qu'ils peuvent utiliser sont assez

(2) Article 7, alinéas 4 et 5 de la loi du 17 mars 1909. Ces dispositions protègent aussi les créanciers à terme et les créanciers conditionnels ; Cass. civ., 21 juill. 1931, *Recueil du Havre*, 1932.I.49.

(3) Trib. com. Marseille, 8 nov. 1912, *Recueil de Marseille*, 1913.I.91 ; — Paris, 25 févr. 1926, *S.J.*, 1927.25, *R.S.*, 1927.12, *J.S.*, 1926.485 ; — Trib. com. Marseille, 21 juin 1926, *Recueil de Marseille*, 1926.I.15 ; — Agen, 19 nov. 1930, *D.H.*, 1931.12 ; — Paris, 24 oct. 1934, *D.*, 1936.II.159 ; *Gaz. Pal.*, 1934.II.1002. — Voir aussi : A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2^e éd., Sirey, 1948, t. I, p. 483 et s.

(4) Art. 7 al. 5 de la loi du 17 mars 1909. — Voir *supra*, n° 118.

(5) Voir *supra*, n° 119.

difficiles à réunir. Souvent ils n'auront pas la possibilité d'obtenir que les aliénations faites par la société soient résolues ou rendues inopposables à leur égard. Cette situation est d'autant plus regrettable que, sauf l'hypothèse d'un apport en société de la totalité de son patrimoine ou de son fonds de commerce, l'acquéreur n'est pas tenu du passif. D'ailleurs, même dans le cas d'une succession aux dettes, leur sécurité est encore précaire. La séparation des patrimoines leur étant communément refusée, ils risquent d'entrer en concours avec des créanciers personnels de la société absorbante qui peuvent être très nombreux. C'est pourquoi la mise en faillite de la société dissoute est parfois le seul moyen d'éviter que celle-ci n'échafaude des combinaisons malhonnêtes et frauduleuses.

CHAPITRE III

DE LA FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ DISSOUTE

124. — La mise en faillite de la société dissoute est quelquefois la seule ressource des créanciers sociaux. Celle-ci une fois dessaisie de son patrimoine n'aura plus la possibilité de détourner leur gage. C'est par ailleurs leur unique moyen pour tenter d'obtenir leur paiement lorsqu'elle n'est plus *in bonis* (1). Toutefois avant de recourir à cette mesure extrême, ils feront bien d'examiner avec soin toutes les circonstances de l'affaire. La procédure de faillite est en effet coûteuse, lourde, et même dangereuse pour les créanciers chirographaires, car elle n'est trop souvent qu'un règlement de comptes entre les créanciers privilégiés.

On étudiera tout d'abord les conditions de la mise en faillite ainsi que les effets de celle-ci sur les rapports des créanciers sociaux avec la société en liquidation. Puis dans une troisième section on donnera quelques précisions sur la liquidation spéciale des sociétés d'assurances et de capitalisation. Enfin dans une dernière section, on exposera les grandes lignes de la liquidation du droit anglais qui, tout en établissant des mesures de protections aussi efficaces que celles de la faillite, n'en comporte pas pour autant tous les frais.

N° 124. (1) En dehors de ces hypothèses, la faillite de la société dissoute peut être pour les créanciers sociaux, le moyen d'étendre le champ de leurs poursuites. L'article 446 nouveau du Code de commerce (art. 437 avant le décret du 20 mai 1955, art. 10) dispose en effet que la faillite peut être étendue à toute personne qui sous le couvert de la société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres. C'est aussi le moyen d'éviter la nullité de la société dissoute, qui entraîne un concours des créanciers personnels des associés. Voir *supra*, n° 37.

Section I

Des conditions d'ouverture de la faillite
de la société dissoute

125. — Le principe même de la mise en faillite d'une société dissoute ne soulève pas de grands problèmes. Au contraire, la détermination de la date de la cessation des paiements et de la période pendant laquelle la faillite peut être déclarée, fait surgir d'épineuses questions.

§ 1. *Du principe de la mise en faillite
de la société dissoute*

126. — La société dissoute conservant une personnalité morale, la jurisprudence (1) et la doctrine (2) sont unanimes à reconnaître qu'elle peut être mise en faillite. Ce point de vue est parfaitement justifié. La faillite est une institution de protection des créanciers, elle correspond donc bien aux « besoins de la liquidation », tels qu'ils ont été définis plus haut (3), c'est-à-dire la défense des droits des créanciers sociaux après la dissolution. Il n'y a que l'association en participation qui échappe à cette solution. Etant dénuée de personnalité morale, elle ne peut être déclarée en faillite (4).

Il suffit qu'il s'agisse d'une société commerciale, soit par sa forme, sociétés par actions et à responsabilité limitée, soit par

N° 126. (1) Cass. req., 20 juin 1875, S., 1875.I.358 ; — Cass. civ., 12 févr. 1890, S., 1891.I.230 ; — Cass. req., 24 mai 1892, S., 1892.I.479 ; — Orléans, 9 mars 1894, S., 1895.II.310 ; — Paris, 8 févr. 1904, R.S., 1904.498 ; — Cass. civ., 21 mars 1904, S., 1910.I.357 ; — Cass. civ., 27 déc. 1905, S., 1912.I.377 ; — Paris, 9 déc. 1908, D., 1912.II.33 ; — Bordeaux, 3 avril 1911, D., 1912.II.153 ; — Cass. req., 24 juill. 1933, S., 1934.I.294 ; — Cass. req., 29 janv. 1941, *Journal des faillites et liquidations judiciaires*. Table 1936. 46, p. 326 ; — Paris, 11 janv. 1951, S., 1952.II.7 ; — Paris, 1^{er} déc. 1954 (inédit) ; — Paris, 18 juin 1956, J.C.P., 1957.9753 ; — Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.192.

(2) PERCEROU et DESSERTÉAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, « Collection Thaller », t. 3, 1938, n° 1615 ; — ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n° 1474 ; — L. MAZEAUD, *Cours de droit commercial complémentaire*, Licence 3^e année, 1956-1957, p. 43 et s. Pour la Belgique : voir L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gand, Editions Techey, t. 5, 1950, p. 1011 ; — Bruxelles, 21 janv. 1927 et 6 avril 1927, R.P.S., 1927, n° 2782 et 2783 ; — Trib. com. Gand, 13 juin 1935, R.P.S., 1936, n° 3503 ; — Trib. com. Bruxelles, 20 nov. 1937, R.P.S., 1939, n° 3771.

(3) Voir *supra*, n° 3, 59 et 73.

(4) L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 37, seul son gérant peut être mis en faillite. Les associés ne sont responsables du passif à l'égard des tiers que par la voie oblique : Montpellier, 13 nov. 1930, R.S., 1931.259, J.S., 1932.211.

son objet, l'accomplissement et la répétition d'actes de commerce (5). A ce sujet on avait essayé de soutenir, non pas en France mais à l'étranger (6), qu'il serait impossible de mettre en faillite une société dissoute, parce qu'en cessant ses activités elle perdrait par là même sa qualité de société commerciale. Cette objection qui ne peut d'ailleurs atteindre que les sociétés qui acquièrent la commercialité par leur objet, n'est absolument pas fondée. En effet dans les systèmes juridiques contemporains il est de principe que le commerçant, individu ou société, garde sa qualité aussi longtemps qu'il n'est pas radié du registre du commerce (7). Dans le cas d'une société dissoute, la faillite est donc susceptible d'être ouverte tant que la liquidation n'est pas clause.

Si la société est civile, elle ne peut évidemment pas être mise en faillite. Les créanciers sociaux la feront simplement déclarer en état de déconfiture et ils seront alors réglés selon la procédure de distribution par contribution.

127. — Malgré le bien fondé des arguments qui justifient le droit des créanciers sociaux de demander l'ouverture de la faillite de la société dissoute, cette solution a quelque chose de choquant.

La conception classique de la cessation des paiements, qui veut que le non paiement d'une seule dette entraîne la faillite du commerçant (1) risque de faire surgir ici quelque injustice. Une société dissoute est en effet souvent solvable sans avoir pour autant les disponibilités nécessaires à l'acquittement immédiat de toutes ses dettes. Il faut tenir compte de ce que l'arrêt de ses activités suspend ses rentrées d'argent frais et de ce que la réalisation de son patrimoine est parfois longue et délicate. Le manque d'argent liquide est susceptible de la conduire à la faillite, alors qu'elle possède peut-être un actif très supérieur à son passif.

C'est pourquoi le refus du paiement d'une seule dette ne devrait pas permettre ici l'ouverture automatique de la faillite.

(5) Les sociétés civiles ont le droit d'accomplir quelques actes de commerce isolés sans encourir la faillite. Il ne faut pas cependant que le renouvellement de ces actes constitue une véritable activité commerciale : voir pour une société coopérative dissoute : Cass. civ., 14 janv. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.209.

(6) Voir à ce propos un arrêt de la Cour suprême belge, Cass. civ., 5 mai 1911, *R.P.S.*, 1911, n° 2172.

(7) HOUIN, *La réforme de la faillite*, D., 1956, *Chronique*, p. 11.

N° 127. (1) Douai, 25 nov. 1901, *Journal des faillites*, 1904.230 ; — Cass. civ., 5 févr. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906.I.282 ; — Cass. civ., 18 oct. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.II.920 ; — Paris, 13 déc. 1953, *Gaz. Pal.*, Table quinquennale, 1951-1955, *Faillite*, n° 97.

Il ne faudrait déclarer celle-ci qu'après un inventaire et une expertise comptable décélant la véritable situation de la société. En faveur de cette thèse on peut faire valoir la tendance moderne de certains arrêts qui élargissent de façon très notable le concept traditionnel de la cessation des paiements, pour le rapprocher de la notion d'insolvabilité (2). Ces décisions tiennent en effet beaucoup plus compte de l'ensemble de la situation commerciale et financière du débiteur que du paiement ou du non paiement de quelques dettes.

§ 2. *Etude de quelques difficultés particulières à la date de la cessation des paiements et à la période pendant laquelle une société dissoute peut être mise en faillite.*

128. — Si en jurisprudence et en doctrine il n'y a ainsi aucun doute quant à la possibilité de mettre en faillite une société dissoute, quelques difficultés ont surgit à propos de la date à laquelle la cessation des paiements doit être intervenue, et de la période pendant laquelle la faillite peut être ouverte. Certaines décisions exigent que la cessation des paiements soit antérieure à la dissolution, alors que d'autres négligent complètement cette condition. De même il y a des tribunaux qui refusent de déclarer en faillite les sociétés dont la liquidation est terminée, et d'autres qui adoptent une position absolument contraire.

Par ailleurs toutes ces questions sont compliquées par le fait que la législation a évolué, et que les textes du Code de commerce et de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ont été remplacés par ceux du décret du 20 mai 1955 (art. 437 à 614 nouveaux du Code de commerce).

129. — 1. — Sous l'empire des textes du Code de commerce la jurisprudence dominante admettait l'ouverture de la faillite d'une société en liquidation sans distinguer si la cessation des paiements était antérieure ou postérieure à la dissolution (1), mais de nombreuses décisions, et surtout celles de la Cour de

(2) Trib. com. Tours, 11 mai 1955. Cité par BONNEFOY, *Le nouveau régime des faillites*, Sirey, 1958, p. 8 ; — Paris, 30 avril 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.II.83 ; — Voir aussi : Cass. civ., S.C.F., 5 déc. 1949, *Gaz. Pal.* Table quinquennale, 1946-1950, *Faillite*, n° 80 et surtout Cass. civ., S.C.F., 3 oct. 1956, *Bull. cass.*, 1956.III.191, qui s'appuie explicitement sur la notion d'insolvabilité pour écarter une demande d'ouverture de faillite.

N° 129-1. (1) Cass. req., 2 janv. 1874, D., 1874.I.362 ; — Orléans, 9 mars 1894, D.P., 1895.II.265, S., 1895.II.310 ; — Trib. com. Marseille, 18 janv. 1924, *J.S.*, 1926.493 ; — Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.192, rendu sous l'empire des textes du Code de commerce.

Paris, exigeaient que l'arrêt des paiements soit intervenu avant la dissolution (2). Cette dernière condition était difficilement explicable, et d'ailleurs les juridictions qui l'imposaient, n'en donnaient aucune justification. C'est ainsi que dans un arrêt du 4 mai 1955, la Cour de Paris se contentait encore d'une simple affirmation.

« Attendu que l'U.R.S.S.A.F. ne justifiait pas qu'elle eut avant la mise en liquidation de la société, exercé des poursuites de nature à révéler cette cessation de paiements, et que celle-ci n'était apparue que postérieurement à la dissolution... c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré irrecevable la demande en faillite... » (3).

129. — 2. — Cette condition est incompréhensible puisque la faillite, étant une institution de protection et de règlement des créanciers sociaux, correspond bien aux besoins de la liquidation, pour lesquels la société survit à sa dissolution. Pour l'éclairer un peu, il faut rechercher sur quels textes ce courant de jurisprudence fonde le droit de mettre en faillite une société dissoute.

En effet, si on examine quelques-uns des arrêts de la Cour de Paris, on s'aperçoit qu'elle justifie l'ouverture de la faillite d'une société dissoute par des moyens tout à fait différents de ceux qui ont été exposés au paragraphe précédent. Elle ne s'appuie nullement sur la prolongation de la personnalité morale de la société ; elle invoque simplement l'alinéa 2 de l'ancien article 437 du Code de commerce (article 441 nouveau) :

«... Considérant sur le premier grief que l'article 437 alinéa 2 du Code de commerce dispose ; la faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements — que le mot commerçant a dans cette disposition un sens général, et s'applique aux sociétés commerciales, et ce même après qu'elles ont cessé d'exister par expiration de la durée prévue par les statuts... » (1).

Pour la Cour de Paris et les juridictions qui l'ont suivie, il est inutile d'argumenter de la survie de la société pour expliquer l'ouverture de sa faillite ; il n'y a qu'à appliquer ici l'ali-

(2) Paris, 23 août 1864, *Journal des tribunaux de commerce*, 1865.241 ; — Paris, 13 janv. 1900, *J.S.*, 1900.359, *R.S.*, 1900.215 ; — Trib. com. Rouen, 22 déc. 1937, *Recueil du Havre*, 1938.II.153 ; — Paris, 1^{er} déc. 1954, 3^e Ch., *U.R.S.S.A.F. c/ société A.C.*, et 4 mai 1955, 3^e Ch., *U.R.S.S.A.F. c/ société Rose Maille*, inédits ; — Paris, 18 juin 1956, *J.C.P.*, 1957.9753, rendu sous l'empire des textes du Code de commerce.

(3) Voir note 2.

N° 129-2. (1) Paris, 18 juin 1956, *J.C.P.*, 1957.9753. On retrouve exactement le même raisonnement dans le jugement du Tribunal de commerce de Rouen du 22 déc. 1937 cité *supra* à la note 2 du n° 129-1.

née 2 de l'article 437 du Code de commerce qui autorise la mise en faillite d'un commerçant même après la mort. Ce faisant elle a été obligée de se soumettre aux conditions de ce texte qui exige que le commerçant soit mort en état de cessation des paiements. Assimilant alors la dissolution d'une société à la mort d'une personne physique (2), elle en déduit qu'il est nécessaire que l'arrêt des paiements soit antérieur à celle-ci.

129. — 3. — Cette jurisprudence est tout à fait critiquable. Il n'y a aucune raison de recourir à ce texte puisque l'on peut justifier aisément la mise en faillite de la société dissoute par la prolongation de sa personnalité morale. Elle est même en contradiction avec le principe de survie, car en invoquant cette disposition, elle tend à faire croire que la société est complètement disparue. D'autre part elle aboutit à des résultats injustes pour les créanciers sociaux.

En effet, elle permet à une société de se jouer trop facilement de ses créanciers. Il suffit pour cela que celle-ci use de moyens dilatoires, puis qu'elle se mette en liquidation.

De plus, même à supposer que ceux-ci arrivent à prouver que leur débitrice avait cessé ses paiements au moment de sa dissolution, il faudra encore qu'ils agissent rapidement, car l'alinéa 3 de l'ancien article 437 stipule que la faillite d'un commerçant ne peut être demandée que dans l'année qui suit son décès (article 441 nouveau).

Ce système est insoutenable, et c'est d'ailleurs pourquoi il a été rejeté par la Cour de cassation qui a presque toujours cassé les arrêts de la Cour de Paris qui lui étaient déférés. C'est ainsi que dans un arrêt du 27 janvier 1958, elle a explicitement écarté cette condition d'une cessation des paiements antérieure à la dissolution (1). Elle fonde le droit de déclarer la faillite d'une société dissoute non pas sur l'alinéa 2 de l'article 437 du Code de commerce, mais sur la prolongation de la personnalité morale et sur l'alinéa 1 du même texte qui décide que tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite.

(2) C'est là encore une des marques de ce regrettable anthropomorphisme qui anime trop souvent les conceptions juridiques en matière de personnes morales, voir *supra*, n° 71.

N° 129-3. (1) Cass. civ., S.C.F., 27 janv. 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.192 : « Vu l'article 437 ancien du Code de commerce. Attendu qu'une société dissoute peut être déclarée en état de faillite pendant le cours de sa liquidation, et qu'il importe peu que la cessation de ses paiements ait précédé ou suivi la dissolution... ».

129. — 4. — Le régime établi par le décret du 20 mai 1955 ne doit rien changer à la solution qui a été proposée. En effet ses articles 1, 5 et 6 (articles 437, 441 et 442 nouveaux du Code de commerce) reprennent en détaillant les disposition de l'article 437. Certes il n'exclue pas le système de la Cour de Paris, mais celui-ci ayant été condamné par la Cour suprême, il y a peu de chances qu'il reçoive maintenant une grande extension.

130. — 1. — La détermination de la période pendant laquelle la société peut être mise en faillite, a divisé aussi la jurisprudence. Sous l'empire des textes du Code de commerce, certaines décisions la limitaient à la durée de la liquidation (1), alors que d'autres admettaient sans hésiter qu'une société complètement liquidée puisse être déclarée en faillite (2).

La première solution était indiscutablement la meilleure. Sans préjuger du problème de la durée de la survie qui sera examiné plus loin, on peut aisément comprendre que sans un support matériel il est difficile de prolonger la personnalité morale de la société et de la mettre en faillite. Cela ne peut être envisagé que si la clôture de la liquidation est anticipée et frauduleuse. Il n'appartient pas en effet à la société de se soustraire aux poursuites des créanciers sociaux par une décision personnelle et unilatérale.

La seconde solution, qui était celle de la Cour de Paris, s'expliquait par la position que celle-ci avait adoptée quant aux fondements du droit d'ouvrir la faillite d'une société dissoute. Justifiant celui-ci par l'alinéa 2 de l'ancien article 437 du Code de commerce, elle était conduite à se soumettre aux dispositions de l'aliné 3 de ce même texte qui prévoit qu'un commerçant peut être déclaré en faillite pendant toute l'année qui suit son décès. Elle pouvait donc décider ainsi qu'une société liquidée moins d'un an après sa dissolution était susceptible d'être mise en faillite tant que ce délai d'une année n'était pas écoulé.

130. — 2. — Le débat est d'ailleurs maintenant académique, car les textes du décret du 20 mai 1955 semblent bien avoir modifié les données du problème. L'article 6 de celui-ci (1) stipule en effet que « la faillite ou le règlement judiciaire peut être demandé dans le délai d'un an à partir de la radiation du

N° 130-1. (1) Cass. civ., 12 févr. 1890, S., 1891.I.230 ; — Cass. req., 24 juill. 1923, S., 1934.I.294 ; — Cass. req., 29 janv. 1941, *Journal des faillites*, Table, 1936-1946, p. 326.

(2) Trib. com. Havre, 24 nov. 1886, *Journal des faillites*, 1887-2840 ; — Paris, 18 juin 1956, *J.C.P.*, 1957.9753.

N° 130-2. (1) Article 442 nouveau du Code de commerce.

débiteur du registre du commerce, lorsque la cessation des paiements est antérieure à cette radiation ».

Dans une première interprétation, on pourrait concevoir que la société se faisant radier du registre du commerce le jour de sa dissolution, sa faillite ne serait susceptible d'être ouverte que durant une année, et seulement à la condition que la cessation des paiements soit antérieure à sa radiation, c'est-à-dire à sa dissolution. On reviendrait ainsi aux solutions adoptées par la Cour de Paris. On en a vu précédemment les inconvénients. C'est pourquoi ce système ne doit pas être retenu.

Pour comprendre ce texte, il importe de le rapprocher du décret du 6 janvier 1954, relatif au registre du commerce. L'article 6 de celui-ci renferme une précision intéressante : « Dans le même délai de deux mois, toute personne physique ou morale, ayant cessé d'exercer l'activité pour laquelle elle était immatriculée, doit requérir sa radiation en indiquant la date effective et la cause de cette cessation ».

Pour le législateur la radiation prévue par le décret du 20 mai 1955 ne doit donc pas être concomitante à la dissolution mais à la clôture de la liquidation, puisqu'il s'agit de la cessation effective des activités sociales (2). Par suite la faillite de la société pourra être déclarée pendant toute la durée de sa liquidation et même un an après la clôture de celle-ci (3).

Cette solution, quoique nettement préférable, paraît susceptible d'une critique. Il est en effet difficile d'admettre la faillite d'une société à un moment où elle est complètement liquidée. Ce grief n'est cependant pas aussi fondé que l'on pourrait le croire ; le décret du 20 mai 1955 subordonne la faillite de la société après la clôture de sa liquidation à une condition spéciale. Il exige dans ce cas que la cessation des paiements soit antérieure à la clôture. Dès lors il est parfaitement justifié. Si durant sa liquidation la société avait refusé de payer quelques dettes, toute clôture ultérieure de cette liquidation ne peut être que fictive, car faite en fraude des droits des créanciers poursuivants. Il est impossible de limiter la période pendant laquelle la faillite peut être déclarée à la durée de la liquidation, sans permettre par là même à la société de s'y soustraire facilement par une clôture de sa liquidation.

(2) A l'inverse l'article 51 du décret du 9 août 1953 indique qu'une personne physique ou morale ne doit requérir son inscription au Registre du commerce qu'au moment où elle commence effectivement ses activités.

(3) Et même 14 mois après la clôture de la liquidation si la société a été radiée d'office. La radiation d'office n'est pas nécessairement concomitante à la clôture de la liquidation, elle peut intervenir dans les deux mois qui suivent celle-ci. Voir art. 6 du décret du 6 janv. 1954.

131. — Pour en terminer avec ce problème du délai pendant lequel la faillite d'une société dissoute peut être ouverte, il faut encore donner quelques détails sur une controverse, qui, au lendemain de la promulgation du Code de commerce, s'était élevée sur le point de savoir si une société en nom collectif ou en commandite simple, dissoute par la mort d'un de ses associés, pouvait être mise en faillite plus d'un an après la mort de celui-ci.

En faveur de la négative on faisait valoir que la faillite d'une société de personnes entraînant celle des associés en nom (1), l'alinéa 3 de l'article 437 qui interdit l'ouverture de la faillite d'un commerçant plus d'un an après son décès, prohibait toute déclaration de faillite de la société plus d'un an après sa dissolution survenue par la mort de l'un de ses associés.

Ce système d'une logique purement apparente reposait en réalité sur une erreur. La faillite des associés n'est pas nécessaire au fonctionnement de la faillite sociale. On peut mettre la société en faillite ainsi que certains associés, et s'abstenir de le faire à l'égard d'autres associés quand la loi s'y oppose. Il était donc fondé d'ouvrir la faillite de la société dissoute plus d'un an après la mort de l'un de ses associés, puisque la faillite personnelle de ce dernier n'était pas obligatoire. C'est d'ailleurs ce qu'avait décidé la jurisprudence qui s'était toujours refusée à admettre ce système (2).

Le régime instauré par le décret du 20 mai 1955 ne doit rien changer à cette solution, car ses dispositions reproduisent celles du Code de commerce. Son article 5 (article 441 nouveau du Code de commerce) a repris le texte des alinéas 2 et 3 de l'ancien article 437. Quant au lien entre la faillite de la société et celle des associés, il résulte des termes de l'article 9 du décret (article 445 nouveau du Code de commerce) au lieu d'avoir à être déduit des anciens articles 438 et 458. Il est vrai que maintenant la faillite des associés suit automatiquement la faillite sociale, elle n'a pas à être prononcée (3), mais cela n'ôte pas sa valeur au raisonnement précédemment exposé. La faillite personnelle des associés ne peut être déclarée qu'en conformité avec la loi, l'associé défunt y échappera, puisque l'arti-

N° 131. (1) Art. 438, al. 2, 458 al. 2 et 531 du Code de commerce.

(2) Cass. req., 26 juin 1843, *Journal du Palais*, 1844.I.84; — Trib. com. Seine, 31 déc. 1880. Le droit du 30 mars 1881. — Voir aussi PERCELOU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, « Collection Thaller », t. 3, 1938, p. 113, note 6.

(3) Ce lien automatique entre les deux faillites est fort critiquable, car la faillite est nécessairement une procédure individuelle. Le choix entre la faillite et le règlement judiciaire notamment, dépend de conditions qui sont particulières à chaque associé et qui nécessitent un examen préalable de sa situation.

cle 5 du décret — (article 441 nouveau du Code de commerce) en décide ainsi. Les sociétés en nom collectif et en commandite simple ne constituent donc pas un cas particulier ; leur condition est celle de toutes les sociétés dissoutes.

132. — L'ouverture de la faillite d'une société dissoute ne soulève plus maintenant de problème. Elle peut intervenir pendant toute la durée de la liquidation ; quelle que soit la date de la cessation des paiements, et même durant l'année qui suit sa clôture, si antérieurement à cette dernière la société avait arrêté ses paiements.

Section II

Des effets de la faillite sur les rapports entre les créanciers sociaux et la société dissoute

133. — Par l'effet du jugement déclaratif de la faillite ou du règlement judiciaire les créanciers sociaux perdent le droit d'exercer des poursuites individuelles contre la société. Ils sont intégrés dans une masse, douée de la personnalité morale, dont l'organe, syndic de faillite ou administrateur au règlement judiciaire, devient leur représentant. Il n'ont plus de rapports directs avec la société.

A cette règle, il existe une importante exception qui concerne les créanciers sociaux munis d'une hypothèque ou d'un privilège immobilier. Tout en bénéficiant de certains avantages de la faillite, de la déchéance du terme, notamment, ils échappent à la suspension des poursuites individuelles. Il reste alors à déterminer quelles sont les personnes contre lesquelles ils doivent agir.

134. — A cette question la jurisprudence (1) et la doctrine (2) ont toujours répondu en déclarant que la venue du personnel de la faillite ou du règlement judiciaire ne met pas

N° 134. (1) Cass. civ., 9 mai 1854, D., 1854.I.203 ; — Cass. civ., 21 janv. 1874, S., 1874.I.312 ; — Trib. com. Seine, 12 mars 1879, *Journal des tribunaux de commerce*, 1879.21 ; — Trib. com. Lyon, 9 janv. 1883, S., 1884.II.107 ; — Cass. civ., 10 avril 1889, S., 1890.I.25 ; — Bordeaux, 6 mars 1895, J.S., 1895.406 ; — Trib. com. Seine, 23 août 1896, J.S., 1897.186 ; — Paris, 9 avril 1902, R.S., 1902.261.

(2) Paul PIC, *Annales de droit commercial*, 1887, p. 130 ; — Rodolphe ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 1906, t. 2, n° 3116 et 3155 ; — HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édition, 1927, t. 2, n° 1461, p. 596 ; — HÉMARD, *Traité théorique et pratique des nullités de sociétés*, 2^e édition, 1926, n° 336, p. 654.

fin aux fonctions du liquidateur amiable. Celui-ci continue de représenter la société dissoute.

Il y a en effet à cela plusieurs arguments, qui sont d'ailleurs d'une valeur inégale. On peut tout d'abord faire remarquer que la loi du 4 mars 1889, sur la liquidation judiciaire, prévoit expressément, à l'alinéa 2 de son article 4, la coexistence d'un liquidateur judiciaire et d'un liquidateur amiable. Mais cette loi ayant été abrogée, l'argument n'est pas très probant, car le décret du 20 mai 1955 ne contient aucune mention analogue. C'est pourquoi il vaut mieux faire valoir les raisons pratiques qui militent en faveur de cette solution. Il faut en effet observer que la faillite n'entraîne jamais un dessaisissement total et permanent (3), et le règlement judiciaire laissant au débiteur l'administration de ses biens, il est absolument nécessaire que la société conserve son incarnation, son liquidateur amiable, afin de la diriger et de la représenter.

135. — Du maintien en fonction du liquidateur amiable, on ne doit pas déduire cependant que les créanciers sociaux qui gardent un droit de poursuites individuelles, n'auront aucun rapport avec le syndic ou avec l'administrateur au règlement judiciaire. Il importe d'ailleurs d'opérer une distinction entre les deux situations, faillite et règlement judiciaire.

Lorsque la société dissoute a été déclarée en faillite, son dessaisissement est presque total. Le syndic jouit du quasi-monopole de sa représentation (1). Le liquidateur amiable ne pourra intervenir que dans des hypothèses très particulières, par exemple dans les instances engagées entre le syndic et les créanciers sociaux qui ont encore le droit d'agir individuellement, ou encore pour signifier un jugement à ces derniers. Mais ce sont là les seuls tempéraments à l'omnipotence du syndic. C'est ainsi que sans la participation de celui-ci le liquidateur amiable ne pourrait prendre l'initiative d'intenter une action en nullité d'une créance, ni même interjeter appel d'un jugement. L'article 67 du décret du 20 mai 1955 (article 503 nouveau du Code de commerce) prévoit en effet dans le cas du règlement judiciaire l'assistance obligatoire de l'administrateur au règlement pour toutes les mesures conservatoires. Cette règle vaut *à fortiori* pour la faillite (2).

(3) Voir art. 450, 466, 467, 474, 479, 486 et 487 du Code de commerce et les art. 29, 30, 56 et 63 du décret du 20 mai 1955 (art. 465, 466 et 499 nouveaux du Code de commerce).

N° 135. (1) Al. 2 de l'ancien art. 443 du Code de commerce. Art. 38 du décret du 20 mai 1955 (art. 474 nouveau du Code de commerce).

(2) Avant le décret du 20 mai 1955 la Jurisprudence était divisée. Si certains arrêts admettaient le liquidateur à interjeter appel : Lyon, 25 mai 1908,

Si au contraire la société a été admise au bénéfice du règlement judiciaire, le liquidateur amiable garde la direction de la gestion du patrimoine social. C'est contre lui que les créanciers sociaux qui ne sont pas compris dans la masse, agiront. Mais comme l'assistance de l'administrateur au règlement est obligatoire, celui-ci devra être également assigné.

Section III

De la liquidation prévue par le décret-loi du 14 juin 1938 pour les sociétés d'assurances et de capitalisation

136. — En raison de la nature particulière des activités de ces sociétés, le législateur s'est départi de son silence habituel en matière de sociétés dissoutes et a organisé pour elles un régime spécial de liquidation. A s'en tenir aux termes employés par celui-ci, il s'agit d'une liquidation amiable ; mais ce n'est là qu'une apparence. En fait c'est une véritable procédure de faillite. C'est pourquoi il n'est pas inutile d'en parler ici.

137. — Cette liquidation présente en effet beaucoup d'affinité avec la faillite. Elle a un caractère judiciaire et collectif. Elle est aussi, dans une certaine mesure, administrative.

Le liquidateur est ici l'émanation non pas des associés ou des créanciers sociaux, mais du pouvoir judiciaire. C'est ce dernier qui le nomme et le révoque. Il contrôle ses opérations par l'intermédiaire d'un juge contrôleur qui reçoit ses rapports et décide de l'admission des créances au passif et des répartitions entre les créanciers sociaux (1). La clôture de la liquidation n'est pas prononcée par les associés mais par le tribunal qui a en outre le pouvoir d'annuler certaines opérations faites par les anciens dirigeants de la société (2).

C'est également une procédure collective, car à la date de la désignation du liquidateur les poursuites individuelles sont

D., 1909.II.265 et 12 juill. 1954. *Moniteur judiciaire de Lyon*, 20 juil. 1955, d'autres au contraire lui refusaient ce droit : Cass. req., 28 mars 1898, D., 1898.I.559, et adoptaient aussi une attitude négative en ce qui concerne le pourvoi en cassation : Cass. civ., 31 mai 1897, D., 1897.I.383 et 10 janv. 1927, D.H., 1927.167.

N° 137. (1) Art. 18, 19, 21 et 22 du décret-loi du 14 juin 1938.

(2) Art. 25 et 28. Cette disposition rapproche beaucoup cette liquidation amiable de la faillite ou du règlement judiciaire, car en permettant au tribunal d'annuler les opérations faites avec des tiers au courant du mauvais état des affaires de la société, elle revient à établir une véritable période suspecte.

suspendues (3) et les paiements sont faits au marc le franc sous la surveillance du juge contrôleur (4).

Mais elle se distingue de la faillite en ce qu'elle a aussi un caractère administratif. C'est le retrait de l'agrément du ministre du Travail qui emporte la dissolution et la liquidation (5). Celui-ci a en outre tous pouvoirs pour mettre un terme aux contrats de la société, les transférer à d'autres entreprises ou proroger leur échéance (6). Enfin, grave infraction à la règle *pacta sunt servanda*, il est habilité à réduire les sommes payables aux assurés de façon à ramener la valeur des engagements de la société au montant que la situation de la liquidation permet de couvrir (7).

138. — Toutes ces dispositions ne sont pas établies au profit de tous les créanciers sociaux indistinctement. Seuls peuvent en bénéficier ceux qui sont titulaires d'un contrat d'assurances ou de capitalisation (1). Les autres doivent attendre la fin de cette liquidation spéciale pour se faire payer et restent soumis aux règles du droit commun. Ceci s'applique même à ceux qui sont munis d'une hypothèque. Les assurés disposent en effet d'un véritable privilège général portant sur les meubles et les immeubles (2). Le législateur a considéré que leur situation intéresse de trop près l'ordre public pour qu'il ne soit pas nécessaire d'organiser ici une liquidation particulière et conçue à leur unique avantage. Il a atteint son but, mais la procédure qu'il a instituée, n'a d'amiable que le nom. C'est une véritable faillite et même très perfectionnée puisque ses opérations se déroulent sous le double contrôle du pouvoir judiciaire et de l'administration.

(3) Art. 23, al. 2, Cass. civ., S.C.F., 15 janv. 1952.I.198.

(4) Art. 23, al. 1.

(5) Art. 18.

(6) Art. 27. De plus si le liquidateur est nommé par le tribunal, c'est toujours sur requête du secrétaire d'Etat aux Finances.

(7... Art. 27.

N° 138. (1) Trib. com. Seine, 21 janv. 1952, *Revue générale des assurances terrestres*, 1952, p. 165.

(2) Cass. civ., 18 mai 1943, S., 1943.I.95, D. A., 1943.65 ; — Orléans, 24 févr. 1948, *Gaz. Pal.*, 1948.I.226, *Revue générale des assurances terrestres*, 1948, p. 147.

Section IV

Faillite et liquidation amiable en Droit Anglais

139. — La faillite présente de grands avantages pour les créanciers sociaux ; elle retire à la société la gestion de son patrimoine et arrête les poursuites individuelles. Elle évite ainsi des détournements de l'actif social, et elle empêche des créanciers trop diligents de se faire régler au détriment d'autres intéressés.

Mais elle comporte aussi de graves inconvénients. Elle est lourde, coûteuse, et comme on l'a déjà dit (1) souvent dangereuse pour les créanciers chirographaires. Entre ces deux procédures amiable et judiciaire, il convient de rechercher une voie moyenne, susceptible d'assurer aux créanciers sociaux une protection efficace sans leur imposer pour autant les frais qui sont inhérents à la faillite. La législation anglaise, dont on connaît l'importance capitale pour la formation et le développement du droit des sociétés, semble être parvenue à ce but.

140. — De très bonne heure le droit anglais a eu le souci de réglementer la liquidation des sociétés. C'est ainsi que les Companies Act de 1844 (1) renfermait déjà des dispositions très complètes sur la question. Mais le système qu'il avait institué, possédait un caractère trop judiciaire pour donner satisfaction aux intéressés. Trop lourd et surtout trop onéreux, son interventionisme heurtait en outre l'individualisme anglosaxon. Aussi à côté de cette procédure judiciaire, de cette « Winding up by the court », on vit apparaître, en 1856, une liquidation amiable, la « Voluntary Winding up » (2). Elle n'eut pas cependant plus de succès, car, si elle entraînait peu de frais, elle ne conférait par contre qu'une protection douteuse aux créanciers sociaux. C'est pourquoi en 1857 une troisième formule fut élaborée. C'était la « Winding up subject to supervision of Court » (3), qui renforçait leur défense en leur permettant de solliciter le contrôle du pouvoir judiciaire sans pour cela ouvrir la faillite de la société dissoute.

Pendant plus d'un demi-siècle, ces trois modes de liquidation furent couramment appliqués et on aurait pu croire que

N° 139. (1) Voir *supra*, n° 124.

N° 140. (1) Actuellement sections 222 et 225 du Companies Act du 30 juin 1948.

(2) Actuellement section 278 et s. du Companies Act du 30 juin 1948.

(3) Actuellement section 311 du Companies Act du 30 juin 1948.

l'évolution de la législation anglaise allait s'arrêter là. Il n'en fut pourtant pas ainsi, car chacune des procédures établies comportait des inconvénients qui contrebalançaient ses avantages. Aucune n'était idéale. Aussi en 1925 une refonte complète de la « Voluntary Winding up », de la liquidation amiable fut décidée, et le 8 mai 1926 M. W. A. Greene, nommé rapporteur, déposait un projet de réforme qui devait aboutir au Companies Act de 1929 (4).

141. — 1. Cette nouvelle réglementation qui figure encore avec peu de changements dans le Companies Act de 1948, repose sur deux observations importantes.

Lorsque la société présente une surface financière indiscutable, il est inutile de lui imposer un contrôle rigoureux. Même si le liquidateur ou les associés commettent quelques dilapidations, il restera toujours suffisamment de biens pour les désintéresser. Il n'est donc pas nécessaire dans ce cas de mettre en place un système de surveillance certes efficace mais compliqué et onéreux.

Au contraire, si l'actif couvre tout juste le passif, il est indispensable d'assurer une protection sérieuse du gage des créanciers sociaux, car le moindre détournement risque de compromettre le recouvrement de leurs créances. Mais cette protection qui suppose un contrôle de la gestion de la liquidation, donc des mesures semblables à celles d'une procédure de faillite, doit être obtenue sans exposer les frais que comporte celle-ci. Pour atteindre ce résultat il faut éviter de recourir au pouvoir judiciaire, la rémunération de son personnel étant trop coûteuse.

141. — 2. Partant de ces deux remarques, les auteurs de la réforme ont alors organisé une liquidation amiable que l'on peut considérer comme l'un des modèles du genre.

Sa pièce essentielle consiste dans ce que l'on appelle outremanche la déclaration de « Solvency » ou déclaration de solvabilité, et qui est effectuée par les administrateurs en fonctions au moment de la mise en liquidation (1). Ceux-ci ont en effet l'obligation d'avertir les associés et les créanciers sociaux de la situation financière de la société et de leur préciser si celle-ci est capable de payer ses dettes dans les douze mois.

Si la société est ainsi suffisamment *in bonis* pour éteindre rapidement son passif, c'est la procédure classique de la liqui-

(4) Wilfrid A. GREENE, *Barrister at law*, Rapport du 8 mai 1926, His Majesty stationnary Office, Londres, 1926.

N° 141-2. (1) En droit anglais la liquidation précède la dissolution. Voir *supra*, n° 43.

dation amiable qui s'ouvre. Il y a peu de contrôles de la gestion du liquidateur. Cela est sans importance puisque l'actif étant très supérieur au passif, quelques dilapidations ne risquent pas de mettre en danger le paiement des dettes sociales. Il y a d'ailleurs peu de chances que des détournements puissent se produire, car, même dans ce mode de liquidation, le liquidateur demeure le mandataire des créanciers sociaux et il est responsable devant eux de ses fautes de gestion. De plus, par mesure de précaution, pour le cas où la société se trouverait soudainement en déficit, il reste toujours possible de recourir aux liquidations à caractère judiciaire, à la « Winding up subject to supervision of Court », ou encore à la « Winding up by the Court ».

Lorsqu'au contraire la société n'est pas entièrement *in bonis*, lorsque ses administrateurs n'ont pas pu garantir qu'elle éteindrait son passif en douze mois, c'est la « creditors winding up » qui s'ouvre. Celle-ci, type particulier de la liquidation amiable, de la « Voluntary Winding up », ne fait aucunement appel au pouvoir judiciaire. Pour éviter les frais que comporte l'assistance de celui-ci, et pour assurer néanmoins une protection suffisante du gage des créanciers sociaux, ce sont ces derniers qui contrôlent toutes les opérations de la liquidation. Avec les associés ils nomment le liquidateur (2) et lui adjoignent un comité de créanciers qui surveille constamment sa gestion.

141. — 3. Ce système est excellent et depuis son instauration il a donné entière satisfaction. C'est d'ailleurs pourquoi en 1948, lors de la révision du droit des sociétés, il a été repris sans qu'aucune modification importante lui ait été apportée.

Un esprit latin pourrait peut être lui reprocher de faire trop confiance à quelques hommes et de reposer presque complètement sur l'honnêteté des administrateurs qui font la déclaration de solvabilité. Il est possible de concevoir que ceux-ci, dans le dessein d'éluder le contrôle des créanciers sociaux, affirment que la société est prospère alors qu'elle est déjà au bord de la faillite. Cette critique n'est cependant pas fondée, car la déclaration de solvabilité a peu de chances d'être mensongère. En effet la loi anglaise sanctionne les dirigeants peu scrupuleux sur ce point des peines du faux serment et du faux témoignage.

Ce mode de liquidation offre donc une grande sécurité tout en étant peu coûteux. Le législateur français pourrait utilement s'en inspirer s'il venait un jour à se pencher sur la matière des sociétés dissoutes.

(2) En cas de conflit entre les associés et les créanciers sociaux, le liquidateur est désigné par la Cour.

Titre III

De l'extinction du recours des créanciers sociaux contre la société

142. — Le recours des créanciers sociaux contre la société disparaît de bien des manières. Il peut s'éteindre par leur règlement, c'est le cas le plus fréquent, mais ne n'est pas le seul. Il faut envisager celui d'une prescription de leurs créances.

Ces deux hypothèses sont les plus simples ; la dernière est beaucoup plus délicate. Il convient en effet de déterminer si la société a l'obligation d'attendre indéfiniment des créanciers sociaux retardataires ou si au contraire elle peut clore sa liquidation en les déclarant déchus de leurs droits. C'est le problème de la durée de la survie.

CHAPITRE PREMIER

DU REGLEMENT DES CREANCIERS SOCIAUX

143. — Le législateur n'ayant pas plus apporté d'attention au mode de règlement des créanciers sociaux qu'aux autres problèmes de la liquidation, la jurisprudence a été obligée de résoudre la question par l'application du droit commun. A l'étranger au contraire une réglementation très perfectionnée existe dans la plupart des pays.

Section I

Du règlement des créanciers sociaux dans le Droit positif français

144. — Aucune procédure collective de règlement n'ayant été prévue par la loi, le droit de poursuites individuelles des créanciers sociaux n'est pas suspendu par la dissolution (1). Il en résulte que tous ceux dont la créance est exigible, ont le droit de réclamer au liquidateur leur paiement immédiat. Tout au plus celui-ci pourrait-il demander aux tribunaux un très court délai de grâce (2). Mais en dehors de cette hypothèse, il doit tenir caisse ouverte et régler les dettes de la société au fur et à mesure de leur échéance (3) ; il ne peut même pas

N° 144. (1) Cass. civ., 14 août 1858, S., 1859.I.332. Seule exception, celle de la liquidation des sociétés d'assurances et de capitalisation. Voir *supra*, n° 137. Quant au projet de l'actuelle Commission de Réforme du Code de commerce et du Droit des sociétés, il n'a pas abordé la question du règlement des créanciers sociaux.

(2) Tribunal de Paix du 9^e arrondissement de Paris, 12 janv. 1889. Le droit 16 juin 1889, art. 1244 du Code civil.

(3) Rouen, 17 déc. 1879, D., 1878.II.49 ; — Montpellier, 1^{er} juin 1954, *J.C.P.*, 1955.8680 : « ... attendu que par application de l'article 808 du Code civil, il est admis qu'en l'absence de créanciers opposants ou saisissants, le liquidateur doit procéder au paiement des créanciers sociaux au fur et à mesure qu'ils se présentent... ».

prendre prétexte de l'incertitude qu'il a sur la valeur réelle de l'actif social et la possibilité d'éteindre tout le passif, pour ne donner qu'un acompte (4). Le règlement doit être non seulement immédiat mais encore intégral. S'il a un doute sur la situation financière de la société, il n'a qu'à déposer son bilan. C'est d'ailleurs son devoir, et il engagerait gravement sa responsabilité s'il s'en abstenait (5).

Les créanciers sociaux ayant ainsi le droit d'obtenir l'acquittement de leurs créances sans être astreint à respecter un quelconque délai, il s'en suit que les retardataires n'ont aucun recours contre ceux qui ont déjà été payés (6). *Sibi vigilavit, suum recepit*, disaient les jurisconsultes anciens (7). Ils ne sauraient même pas reprocher au liquidateur d'avoir pris l'initiative de les régler (8).

145. — Cette procédure présente de graves dangers pour ceux qui ne peuvent agir immédiatement, qui n'ont qu'une créance à terme, conditionnelle ou litigieuse. Ils ont toutes les chances de trouver la caisse sociale entièrement vide au moment de l'échéance. C'est pourquoi la jurisprudence leur permet de faire opposition entre les mains du liquidateur. Les paiements sont alors faits sous le contrôle et sur l'ordre du juge, et au marc le franc entre tous les créanciers sociaux opposants ou saisissants. Certes ceux dont la créance n'est pas exigible, ne peuvent pas toucher aussitôt les sommes qui leur sont dues, mais ils ont le droit d'être compris dans le plan des répartitions (1). Ainsi ils sont presque certains d'être réglés le jour de l'échéance (1 *bis*).

Cette opposition n'est soumise à aucune forme spéciale. Un acte extrajudiciaire n'est pas nécessaire, elle peut être faite au moyen d'une simple lettre (2). Cependant elle ne saurait résulter de la seule connaissance personnelle que le liquidateur peut avoir acquis de l'existence de la créance (3). C'est pourquoi il est très utile pour les créanciers à terme ou con-

(4) Trib. civ. Seine, 26 déc. 1895, *J.S.*, 1896.371. Voir aussi Trib. com. Rouen, 22 déc. 1937, *Recueil du Havre*, 1938.II.153.

(5) Rouen, 25 juill. 1887, *R.S.*, 1887.491 ; — Trib. com. Seine, 25 mars 1888, *R.S.*, 1888.35.

(6) Trib. civ. de la Seine, 26 déc. 1895, *J.S.*, 1896.371.

(7) Digeste, 47, 7, FR. 6, § 7.

(8) Trib. de commerce de Rouen, 22 déc. 1937, *Recueil du Havre*, 1938.II.153. Quant au liquidateur il se paye lui-même par prélèvement. Voir *supra*, n° 66.

N° 145. (1) Cass. req., 24 nov. 1869, D.P., 1871.I.119.

(1 *bis*) Si toutefois le liquidateur ne détourne pas les deniers ainsi réservés. C'est pourquoi il faudrait lui en imposer la consignation.

(2) Trib. civ. de Versailles 1^{er} août 1889. Supplément au Répertoire Dalloz, *Sociétés*, n° 614.

(3) Voir note 2.

ditionnels de donner mandat au liquidateur de représenter leurs intérêts. Celui-ci pourra alors se faire opposition à lui-même et refuser de payer les créanciers, dont la créance est échue, sans en avoir reçu l'ordre du juge (4).

Section II

Du règlement des créanciers sociaux en Droit comparé

146. — La plupart des pays étrangers ont consacré quelques dispositions à cette question. L'une des législations les plus perfectionnées est celle de la Belgique. Elle prévoit deux procédures (1).

La première est collective, et le liquidateur a l'obligation d'y recourir chaque fois qu'il a des doutes sur la solvabilité de la société. C'est une procédure de distribution par contribution. Tous les créanciers sociaux et même ceux à terme (2), sont payés au marc le franc.

L'autre est individuelle. Le liquidateur effectue les règlements au fur et à mesure des échéances sans être tenu de respecter aucune formalité. Mais il ne peut l'employer que quand l'actif est très supérieur au passif ou lorsqu'il a donné des sûretés aux créanciers à terme, car dans cette hypothèse ceux-ci n'ont pas le droit d'exiger un paiement immédiat. Afin d'éviter toute tentative de fraude, la loi décide que le seul fait d'avoir choisi cette procédure le constitue garant de l'acquittement des dettes sociales (3).

Les créanciers sociaux et surtout ceux dont la créance n'est pas exigible jouissent ainsi dans tous les cas d'une très grande sécurité (4).

- (4) Pour éviter un détournement des sommes conservées pour le paiement des créanciers à terme ou conditionnels, le règlement de la Compagnie des administrateurs liquidateurs près le Tribunal de commerce de la Seine, prévoit un dépôt obligatoire à la Caisse des dépôts et Consignations. Même règlement pour la Compagnie de Lyon.

N° 146. (1) Art. 184 des lois coordonnées du 30 oct. 1935.

- (2) Pour les créanciers à terme, il y a déduction de l'escompte. Quant aux sommes dues, aux créanciers inconnus, elles sont consignées. Art. 185.

- (3) Si les créanciers sociaux estiment que la procédure choisie par le liquidateur ne convient pas à la situation de la société dissoute, ils ont le droit d'en appeler au tribunal.

- (4) Cette sécurité est encore renforcée par la Jurisprudence qui impose au liquidateur d'inviter les créanciers sociaux à produire : Trib. civ. de Courtrai, 1^{er} juill. 1938, Jurisprudence Commerciale des Flandres, 1938, n° 5831.

147. — En Angleterre il n'y a pas de réglementation légale. Mais dans les trois types de liquidation reconnus, il est de principe que le liquidateur et tous les créanciers sociaux ont le droit de demander à la Cour l'arrêt des poursuites individuelles, et ce même s'il y a eu un commencement d'exécution (1). Celui-ci sera inefficace. En fait les poursuites individuelles sont presque toujours suspendues, et le règlement s'effectue au marc le franc.

148. — En Allemagne et en Suisse, la procédure adoptée est individuelle ; elle est toutefois supérieure à celle du droit positif français, car elle comporte diverses mesures protectrices des droits des créanciers sociaux. C'est ainsi qu'elle impose au liquidateur d'inviter ces derniers à produire (1), ce qui permet de maintenir une certaine égalité entre eux puisqu'une fois avertis du début de l'opération de paiement, rien ne les empêche de se présenter rapidement à la caisse sociale. D'autre part les sommes dues aux créanciers à terme conditionnels, ou inconnus doivent être consignées ou garanties (2).

N° 147. (1) *Anglo Baltic and Mediteranéan Bank c/ Barker and Co. Limited.*, 1924 2. Law Reports-King's Bench-410.

N° 148. (1) En Allemagne. Art. 297 du Code de commerce de 1897, et § 208 de la loi du 30 janv. 1937. En Suisse, art. 742 du Code Fédéral des obligations.
(2) En Allemagne. Art. 74 de la loi du 20 avril 1892, sur les S.A.R.L., art. 301 du Code de commerce de 1897. § 213 de la loi du 30 janv. 1937. En Suisse, art. 744 du Code fédéral des obligations.

Au Japon où la procédure est également individuelle, il n'y a pas lieu à consignation, car la dissolution entraîne la déchéance du terme. Art. 125 du Code de commerce.

CHAPITRE II

DE L'EFFET DU PARTAGE DE L'ACTIF SOCIAL SUR L'EXTINCTION DU RECOURS DES CREANCIERS SOCIAUX CONTRE LA SOCIETE. PROBLEME DE LA DUREE DE LA FICTION DE SURVIE

149. — Lorsque des créanciers sociaux négligent de se présenter pour réclamer leur règlement, la question se pose de savoir si la société doit indéfiniment les attendre ou si au contraire il est possible de procéder au partage de son patrimoine en les déclarant déchus de leur droit. Il importe de déterminer à quel moment l'être moral cesse d'avoir une existence légale à leur égard. C'est le problème de la durée de la survie (1). Le droit positif français ne lui a pas donné une solution certaine. A l'étranger au contraire le législateur l'a souvent résolu. Les moyens qu'il a employés ne sont peut être pas toujours d'une grande logique juridique, mais ils sont d'une efficacité suffisante pour assurer la sécurité de la vie commerciale.

Section I

Exposé du droit positif Français Recherche d'une solution

150. — La jurisprudence française qui a pourtant établi la fiction de survie, n'a pas réussi à définir d'une manière certaine la durée de la prolongation de la personnalité morale

Nº 149. (1) L'extinction du recours des créanciers sociaux contre la société par le moyen de la prescription ne sera pas examiné ici. Il n'offre aucune particularité. Il y a lieu simplement d'appliquer le Droit Commun, soit la prescription de dix ans lorsqu'il s'agit d'obligations nées entre commerçants. Art. 189 *bis* du Code de commerce, soit la prescription trentenaire du Code civil, ou encore la prescription abrégée propre à la créance.

de la société. C'est pourquoi, après l'avoir examinée, il conviendra de rechercher les bases d'une solution pour déterminer le moment précis où le recours des créanciers sociaux contre la société disparaît.

§ 1. *Exposé de la jurisprudence*

151. — Au problème soulevé par la durée de l'existence de la société après sa dissolution, la jurisprudence n'a répondu que par une formule très générale : « la société subsiste tant que dure sa liquidation » (1). Mais ce n'est là que repousser la difficulté, car il reste à savoir quand la liquidation est elle-même terminée.

152. — Sur ce point les décisions sont contradictoires. On peut distinguer trois solutions dont aucune n'est véritablement dominante. En effet chacune d'elles rassemble un nombre à peu près équivalent d'arrêts de la Cour suprême. Il en est de même pour les juridictions du fond.

Dans un premier système on considère que la liquidation est close dès que le liquidateur a rendu ses comptes et que ceux-ci ont été approuvés par les associés. La personnalité morale de la société disparaît alors aussitôt. C'est actuellement le point de vue de la Cour de Montpellier :

« ... attendu que cette reddition de comptes a mis fin à son mandat (celui du liquidateur) en même temps qu'elle a fait cessé la fiction de survie de la société pour les besoins de sa liquidation... » (1).

D'autres arrêts placent au contraire la clôture de la liqui-

N° 151. (1) Cass. req., 29 mai 1865, S., 1865.I.235. Voir pour des formules équivalentes : Bordeaux, 25 avril 1831, S., 1833.II.314 ; — Trib. com. de Dunkerque, 3 nov. 1831 et Douai, 18 juill. 1833, S., 1833.II.565 ; — Cass. req., 18 août 1840, S., 1840.I.836 ; — Cass. civ., 28 mars 1855, S., 1855.I.295 ; — Pau, 2 févr. 1870, S., 1870.II.139 ; — Cass. civ., 23 mai 1870, D., 1870.I.415 ; — Paris, 10 août 1880, J.S., 1882.405 ; — Trib. com. Seine, 18 nov. 1890, R.S., 1891.409 ; — Cass. civ., 13 janv. 1892, S., 1892.I.100 ; D., 1892.I.587 ; — Cass. req., 24 mai 1892, S., 1892.I.470 ; — Orléans, 9 mars 1894, D., 1895.II.310 ; — Toulon, 5 févr. 1913 et Aix, 4 nov. 1913, J.S., 1915.19 ; — Cass. civ., 21 juill. 1920, S., 1920.I.316 ; — Cass. civ., S.C.F., 25 janv. 1956, *Bull. cass.*, 1956, III, n° 38, p. 31 ; — C'est aussi la solution retenue par le projet de réforme du Code de commerce et du Droit des sociétés, t. 4, des travaux, p. 599, art. 7, al. b.

N° 152. (1) Montpellier, 1^{er} juin 1954, J.C.P., 1955.8680 ; — Voir dans le même sens : Cass. req., 18 août 1840, S., 1840.I.836 ; — Cass. civ., 23 mai 1870, S., 1871.I.106, D., 1870.I.415 ; — Lyon, 8 mars 1907, *Moniteur Judiciaire de Lyon*, 16 oct. 1907 ; — Cass. req., 7 déc. 1925, S., 1926, I. 181, Paris, 26 oct. 1933, D.H., 1934.27 ; — Trib. civ. Montpellier, 10 avril 1957, *Gaz. Pal.*, 1957, Table, *Société*, n° 25 ; — C'était une opinion courante en Doctrine au début du siècle. LACOUR, *Journal des Sociétés*, 1917, p. 207.

dation au moment du partage de l'actif social entre les associés. La société subsiste tant que celui-ci n'a pas été accompli (2).

Enfin un autre courant de jurisprudence, tout en se ralliant au même point de vue, n'admet l'extinction de la personnalité morale de la société après le partage que si les créanciers sociaux ont été complètement désintéressés. C'est la solution qui est présentement adoptée par la Cour de Paris et la Chambre civile de la Cour de cassation (3).

§ 2. — Recherche d'une solution

153. — Les décisions de la jurisprudence laissant planer une grande incertitude sur le moment où la personnalité morale de la société et le recours des créanciers sociaux s'éteignent, il convient d'essayer de dégager ici les éléments d'une solution. Pour cela, on peut songer tout d'abord à faire une analyse des intérêts des associés et des créanciers sociaux. Ceux-ci ayant fait naître la fiction de survie devraient pouvoir en déterminer la durée. C'est cependant, comme on va le voir, un moyen peu satisfaisant.

154. — Les créanciers sociaux, cela a déjà été souligné (1), ont un intérêt permanent au maintien de la personnalité morale. Tant qu'ils n'ont pas été payés, celui-ci est indispensable à la protection de leurs droits, car il leur permet de conserver les sûretés acquises et leur droit de préférence sur le patrimoine social. En outre il leur évite une division de leurs recours qui pourrait être fort dangereuse (2).

Pour les associés, au contraire, la situation est différente. La fiction de survie n'est qu'un avantage temporaire. Certes elle les soustrait à des poursuites immédiates (3) et facilite la li-

(2) Cass. civ., 3 févr. 1868, S., 1868.I.185, D., 1868.I.225 « ... que jusqu'au partage, résultat final de la liquidation... la société persiste avec son existence propre », Nancy, 19 févr. 1881, S., 1882.II.161 ; — Cass. civ., 11 mars, 1884, S., 1885.I.447 ; D., 1884.I.199 ; — Nancy, 31 déc. 1896, R.S., 1897.203 ; J.S., 1897.210 ; — Cass. civ., 22 mars 1898, J.S., 1899.12.

(3) Cass. civ., 2 déc. 1885, D., 1886.I.357 ; S., 1888.I.331 ; — Paris, 20 oct. 1952, Gaz. Pal., 1953.I.26 ; R.S., 1952.404 ; — Cass. civ., S.C.F., 20 juin 1955, Bull. cass., 1955.III, n° 221, p. 183 ; — THALLER PIC. et KREHER : *Des sociétés commerciales*, 3^e éd. 1948, t. I, 650 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, t. 1, 1954, n° 486, p. 595 ; — C'est aussi l'opinion de la Cour suprême italienne : Cass. civ., 19 juin 1950, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, p. 45. Voir aussi : Tullio ASCARELLI, *Studi in tema di societa*, éd. A. Guiffre, Milano, 1952, p. 365.

N° 154. (1) Voir *supra*, n° 6.

(2) Voir *supra*, n° 3.

(3) Voir *supra*, n° 2.

quidation (4), mais lorsque celle-ci est terminée ou tout au moins bien avancée elle ne présente plus aucune utilité. Leur intérêt n'est plus alors d'échapper à une action personnelle des créanciers sociaux ou d'opérer aisément une liquidation qui est close ou presque close, mais d'appréhender au plus vite les biens ou les deniers sociaux pour les replacer dans d'autres entreprises.

Il y a donc ici un conflit très net entre les créanciers sociaux et les associés. Dès que les opérations de la liquidation sont bien entamées, leurs intérêts qui concordaient au maintien de la personnalité morale, deviennent divergents. Pour le résoudre on pourrait être tenté d'appliquer ici une distinction qui se trouve déjà chez Malepeyre et Jourdain (5). La fiction de survie subsisterait dans les rapports de la société avec les créanciers sociaux, mais serait disparue dans les relations entre les associés. On n'aboutirait cependant qu'à un système sans grande valeur, car si cette fiction a elle même un caractère artificiel, il est encore plus difficile de lui attribuer une consistance quelconque lorsqu'elle est tronquée, limitée à certains rapports, et dépourvue du support matériel que constitue l'existence d'un patrimoine social. Ce système est certes logique, mais bien trop éloigné de la réalité pour pouvoir être admis.

155. — 1. L'étude des intérêts des créanciers sociaux et des associés est donc décevante. Elle ne permet pas de résoudre directement le problème. Celui-ci ne semble d'ailleurs pas pouvoir être envisagé immédiatement dans l'abstrait. Il convient en effet de l'aborder dans les trois hypothèses pratiques qui peuvent se présenter.

155. — Si l'on prend tout d'abord le cas d'une société dont les associés se sont partagés le patrimoine après avoir payé tous les créanciers sociaux, la situation est assez simple et la solution facile. Aucun des intéressés ne conserve d'avantage au maintien de la fiction de survie, il n'y a pas de conflit. Il reste seulement à déterminer le moment exact où la personnalité morale de la société disparaît. Comme on l'a vu précédemment en examinant les grands courants de la jurisprudence, il est possible d'hésiter entre deux dates, l'une est celle de la reddition des comptes du liquidateur, l'autre celle du partage. Cette dernière semble préférable. En effet la reddition des

(4) Voir *supra*, n° 2 et 59 et s.

(5) *Traité des sociétés commerciales*, Paris, 1833, p. 346.

comptes du liquidateur ne touche guère la question, elle ne concerne que l'exécution du mandat du liquidateur. Le partage au contraire modifie profondément la condition de la société. Il lui ôte tout support matériel. Le droit doit ici suivre la réalité, et reconnaître que la personnalité morale de la société, qui n'a plus d'intérêt pour personne, est complètement éteinte.

155. — 3. La deuxième hypothèse est plus complexe. C'est celle du créancier social retardataire qui se présente une fois le partage accompli.

Dans ce cas on retrouve le conflit qui a été exposé plus haut. Mais une constatation domine la situation. Les associés ont le devoir d'exécuter les obligations qu'ils ont fait prendre à la société par l'intermédiaire des dirigeants qu'ils lui ont désignés. Il leur faudra acquitter la dette de la société. Pour ce faire on doit, semble-t-il, maintenir la personnalité morale et décider que malgré le partage la fiction de survie subsiste. Ce n'est cependant pas possible, car ce serait retomber sous le coup des critiques déjà faites. Il est en effet difficile de soutenir, avec quelques chances de convaincre, qu'une société dissoute, liquidée et partagée conserve une existence juridique. La fiction serait de penser que l'on pourrait être crû.

Mais alors on aboutit à une impasse. Celle-ci n'est pourtant pas sans issue. Il suffit de faire appel à la notion d'inopposabilité. La société est définitivement morte le jour du partage, mais sa disparition est inopposable aux créanciers sociaux.

Toutefois cette solution n'est entièrement satisfaisante que pour l'esprit. La notion d'inopposabilité n'est pas ici aussi efficace qu'en droit commun. En effet usuellement l'inopposabilité concerne seulement un acte ; ici elle intéresse l'un des deux termes du rapport juridique dont on poursuit l'exécution, c'est-à-dire la personne du débiteur. La mort de celui-ci est bien inopposable aux créanciers sociaux, mais elle est un fait. Or c'est dans la réalité que le recours de ceux-ci s'exerce, et malheureusement cette réalité leur est très défavorable, car le débiteur, la société, n'a plus ni domicile ni patrimoine. Il s'est dissout dans la personne des associés. On est donc nécessairement conduit à passer du recours contre la société au recours contre les associés. La notion d'inopposabilité a tout juste l'avantage de justifier ce dernier, car en s'appropriant les biens ou les deniers d'une société dont la disparition était inopposable aux créanciers sociaux, les associés n'ont pu agir qu'en fraude de leurs droits.

155. — 4. La troisième hypothèse n'est pas très éloignée de celle que l'on vient d'examiner. C'est celle d'une société dont les associés se sont partagés l'actif malgré les poursuites des créanciers sociaux, ou d'une façon si rapide et si bien cachée que ces derniers n'ont eu ni le temps ni la possibilité d'agir.

Comme précédemment, on ne peut, semble-t-il, qu'admettre l'extinction de la personnalité morale et l'opposabilité de la disparition de la société aux créanciers sociaux qui seront alors fondés à poursuivre les associés.

Cette solution n'est cependant pas toujours certaine. L'intention malveillante, la fraude des associés et du liquidateur, outre le fait qu'elles peuvent donner lieu à dommages-intérêts, font présumer la cessation des paiements et justifient l'ouverture de la faillite de la société (1). Dès lors, le jugement de faillite étant constitutif d'un état de droit, la société sera réputée toujours exister.

Toutefois la différence avec l'hypothèse précédente est assez mince, car, que la société subsiste ou que sa disparition soit opposable, il n'en reste pas moins qu'au jour du partage anticipé, elle n'avait déjà plus ni domicile, ni patrimoine. Le représentant de la masse des créanciers sociaux sera donc conduit comme auparavant à agir contre les associés.

156. — On voit donc que dans tous les cas on ne peut faire autrement que de reconnaître que le partage du patrimoine social met fin au recours des créanciers sociaux contre la société. Même dans la dernière hypothèse, celle de la faillite sociale où l'existence de l'être moral est affirmée par un jugement, leurs poursuites doivent inévitablement être dirigées contre les associés. C'est d'ailleurs pourquoi les législations étrangères se sont efforcées de prendre des mesures qui évitent aux créanciers sociaux d'être réduits à cette nécessité.

Section II

De l'extinction du recours des créanciers sociaux contre la société en Droit comparé

157. — Les législateurs étrangers ont bien aperçu les difficultés qui ont été exposées ci-dessus. Aussi dans la plupart des cas ils ont adopté la solution qui a été présentée. Pour eux le partage du patrimoine social met fin à la fiction de survie et

N° 155-4. (1) Voir : Cass. crim., 10 mai 1955, *Bull. cass.*, 1955, n° 417.

au recours des créanciers sociaux contre la société (1). Mais ils ont établi des dispositions qui permettent à ceux-ci d'être payés avant que cette éventualité ne vienne à se produire et qui leur évitent ainsi d'avoir à diviser leurs poursuites entre de nombreux associés.

158. — Ce sont tout d'abord des mesures qui tendent à avertir les créanciers sociaux du début des opérations de règlement. En Allemagne, le liquidateur doit les inviter à produire leurs titres par trois publications successives dans un journal d'annonces légales (1). Au Japon et en Suisse cette publicité est en outre complétée par des sommations individuelles (2). Quant à ceux dont la créance n'est pas exigible et qui ne peuvent pas par conséquent se présenter à la caisse sociale, ces législations prévoient le plus souvent une consignation des sommes qui leur sont dues (3).

A ces dispositions s'en ajoutent d'autres qui ont pour but de laisser aux créanciers sociaux un temps suffisant pour agir. C'est ainsi que les lois allemande et suisse interdisent au liquidateur de faire aux associés une quelconque répartition d'actif moins d'un an après la dernière des trois insertions annonçant l'ouverture de la période des paiements (4). Plus timides les Codes de commerce argentin et japonais se contentent de déclarer que le partage ne saurait intervenir avant le complet appurement du passif (5).

N° 157. (1) En Suisse : art. 746 du Code fédéral des obligations ; — En Allemagne : § 214, al. 1 de la loi du 30 janv. 1937. Il n'y a d'exception à cette règle que si le partage n'a porté que sur une partie du patrimoine social. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 109-392 ; — En Belgique voir : Gand, 21 avril 1892, P. P., 1892, n° 1084 et Cass. civ., 8 mai 1930, *R.P.S.*, 1932, p. 63.

N° 158. (2) En Allemagne : art. 297 du Code de commerce de 1897. Actuellement § 208 de la loi du 30 janvier 1937 ; — Au Japon : art. 421 du Code de commerce ; — En Suisse : art. 742 du Code fédéral des obligations.

(2) Au Japon : art. 422 du Code de commerce ; — En Suisse : art. 742, al. 1 du Code fédéral des obligations ; — En Belgique la règle est d'origine jurisprudentielle : Trib. civ. de Courtrai, *Jurisprudence commerciale des Flandres*, 1938, n° 5831.

(3) En Allemagne : art. 74 de la loi du 20 avril 1892 sur les S.A.R.L., art. 301 du Code de commerce de 1897, § 213 de la loi du 30 janv. 1937 ; — En Suisse : art. 744 du Code fédéral des obligations ; — Au Japon les créances à terme, conditionnelles ou litigieuses devenant exigibles avec la dissolution, il n'y a pas lieu à consignation, art. 125 du Code de commerce.

(4) En Allemagne : art. 74 de la loi du 20 avril 1892 sur les S.A.R.L. art. 301 du Code de commerce de 1897, § 213, al. 1 de la loi du 30 janv. 1937 ; — En Suisse : art. 745 et 748 du Code fédéral des obligations.

(5) En Argentine : art. 442 du Code de commerce de 1889 ; — Au Japon : art. 131 du Code de commerce.

159. — De tous les systèmes juridiques étrangers, c'est certainement le droit positif belge qui est le plus perfectionné. A l'instar du point de vue exposé à la section précédente, il considère que la clôture de la liquidation et le partage (1), tout en entraînant la disparition morale de la société, ne sont pas opposables aux créanciers sociaux. Le droit de poursuites de ceux-ci subsiste aussi longtemps que leur créance n'est pas prescrite (2). Mais pour donner à cette règle une valeur pratique (3), il leur permet d'exercer ces poursuites contre l'ancien liquidateur pendant les cinq années qui suivent la fin de la liquidation. Ils évitent ainsi une division de leur recours, car c'est cet ancien liquidateur qui est chargé d'obtenir des associés les sommes nécessaires au paiement des dettes sociales (4). La liquidation est en quelque sorte rouverte.

En Suisse il existe aussi une solution analogue, mais elle présente beaucoup plus de complications pour les créanciers sociaux. Ceux-ci doivent tout d'abord demander au tribunal la réouverture de la liquidation et la réinscription de la société au registre du commerce, puis solliciter la nomination d'un nouveau liquidateur (5). En outre ce système est susceptible d'engendrer des conflits de responsabilité entre les liquidateurs successifs.

N° 159. (1) Opérations concomitantes en Droit positif Belge. Voir *supra*, n° 157, note 1.

(2) Bruxelles, 12 mars 1909, *R.P.S.*, 1909, n° 1981 ; — Trib. com. Anvers, 20 juill. 1927, *Revue Notariale*, 1928, p. 493.

(3) Voir *supra*, n° 155-3.

(4) Bruxelles, 3 déc. 1913, *R.P.S.*, 1914, n° 2374. Règle analogue dans l'art- 56-F du Code de commerce des Pays-Bas. Voir aussi : W. MOLENGRAAF, *Leidraad bij de beoefening van het nederlandsch handelsrecht*, 7^e édition 1942, t. 2, p. 353.

(5) Arrêt du Tribunal fédéral, 64.I.334, ou *Journal des tribunaux*, 1939.614.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

160. -- La jurisprudence, malgré ses efforts, n'a pas réussi à combler entièrement la carence du législateur. Les textes du droit commun sur lesquels elle a été obligée le plus souvent de s'appuyer, ne sont que d'un assez faible secours aux créanciers sociaux. Ils ne leur permettent pas d'intervenir dans la nomination du liquidateur, et d'éviter ainsi qu'une personne incompétente ou peu scrupuleuse ne soit mise à la tête de la société dissoute. Cette lacune est grave, car les moyens dont ils disposent pour empêcher les détournements de leur gage, ne sont pas toujours d'une efficacité certaine. L'ouverture de la faillite sociale y est quelquefois le seul remède. Mais c'est un remède coûteux et parfois dangereux. De plus à la différence de ce qui se passe dans beaucoup de systèmes juridiques étrangers, il n'existe pas en leur faveur de règles qui assurent l'apurement du passif avant l'accomplissement du partage. Celui-ci entraîne nécessairement une transformation de leur recours contre la société en des poursuites contre les associés.

TROISIÈME PARTIE

**Du recours
des créanciers sociaux
en dehors de la société**

161. — Les créanciers sociaux ne réussissent pas toujours à obtenir de la société le paiement de leurs créances. Diverses circonstances sont susceptibles de les en empêcher.

Leur recours contre celle-ci peut être impossible à exercer. Il en est ainsi lorsque les associés se sont partagé son patrimoine. Certes ce partage et la disparition de la société qui en résulte leur sont inopposables, mais comme l'être social n'a plus aucun représentant, plus aucune consistance matérielle, et que tous ses biens ont été recueillis par les associés, toute action contre lui ne peut être qu'une vue de l'esprit.

De même il arrive parfois que l'actif social soit insuffisant pour éteindre le passif, non parce qu'il a été réparti entre les associés, mais pour la raison que ceux-ci se sont abstenus de remettre à la société tous les biens ou tous les deniers qu'ils s'étaient engagés à lui apporter. Celle-ci subsiste sans aucun doute, il est possible d'agir contre elle, mais comme elle n'est pas *in bonis* les poursuites demeurent infructueuses.

Ces deux situations, quoiqu'en apparence différentes, ont néanmoins entre elles une grande parenté. Dans l'un et l'autre cas l'on est en présence d'associés qui détiennent indûment des éléments du patrimoine social. C'est pourquoi il convient de rechercher si les créanciers sociaux n'ont pas le droit de poursuivre sur eux l'acquittement de leurs créances (1).

Mais ce dernier recours peut lui aussi rester sans résultat. On peut songer alors à engager la responsabilité du liquidateur. Ceci n'est toutefois possible que dans des hypothèses bien déterminées.

N° 161. (1) Cette question ne se pose pas pour les associés en nom puisqu'ils sont tenus solidairement et indéfiniment de tous les engagements de la société. Art. 22³ du Code de commerce.

Titre I

Du recours des créanciers sociaux contre les associés

162. — Le recours des créanciers sociaux contre les associés soulève plusieurs questions. Celles-ci ont trait à son existence même, à son montant et à la prescription à laquelle il est soumis. On va les étudier dans les trois chapitres qui suivent.

CHAPITRE PREMIER
DE L'EXISTENCE
DU RECOURS DES CREANCIERS SOCIAUX
CONTRE LES ASSOCIES

163. — Les créanciers sociaux impayés jouissent d'une action directe contre les associés. Celle-ci n'a toutefois que peu de rapports avec l'action directe du droit commun, car elle possède des caractères particuliers. D'autre part elle ne peut pas être exercée à n'importe quel moment.

Section I
De l'existence
d'une action directe des créanciers sociaux
contre les associés

164. — L'action directe des créanciers sociaux contre les associés a une origine assez ancienne. Elle a été dégagée au début du siècle dernier par la jurisprudence à propos de la libération des parts de commandite.

Les commanditaires négligeant en effet fréquemment de compléter les apports qu'ils s'étaient engagés à fournir à la société, les créanciers sociaux se trouvaient dans une situation très préjudiciable à leurs intérêts. Ils disposaient bien pour les poursuivre de l'action oblique, mais celle-ci était le plus souvent inefficace, car en agissant au nom de la société ils se heurtaient à toutes les conventions par lesquelles celle-ci avait consenti à ces associés des diminutions d'apports ou des délais pour les effectuer. En outre lorsque la souscription des commanditaires était atteinte d'un vice de nullité, il devenait impossible d'exercer une action quelconque contre eux. C'est

pourquoi les Cours et Tribunaux ont de bonne heure accordé une action directe aux créanciers sociaux.

Instituée pour leur permettre d'obtenir facilement l'exécution du pacte social, celle-ci n'a été étendue que tardivement à l'hypothèse d'un partage anticipé de l'actif social. Cela s'explique aisément par le fait qu'elle était dans cette circonstance beaucoup moins nécessaire. La plupart des sociétés de l'époque étant en nom collectif ou en commandite simple, les créanciers sociaux pouvaient agir contre les associés en nom en s'appuyant sur l'article 22 du Code de commerce qui les déclare solidaires pour tous les engagements de la société. Ce n'est qu'avec le développement des sociétés par actions que l'on s'aperçut qu'il était indispensable de l'appliquer aussi à ce dernier cas.

Aujourd'hui on ne fait plus aucune différence entre les deux situations, et quelle que soit la raison pour laquelle les associés détiennent indûment des éléments du patrimoine social, les créanciers sociaux ont le droit de les poursuivre directement (1).

165. — 1. — Il ne suffit pas cependant de leur accorder cette action directe, il faut encore la justifier. Pour cela la jurisprudence s'est appuyée sur deux arguments.

Le premier réside dans l'engagement qu'ont pris les associés d'effectuer certains apports, et dans la publicité qui a porté celui-ci à la connaissance des créanciers sociaux. C'est ce que souligne un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars 1855 :

« Attendu que les tiers qui contractent avec une société anonyme ont pour garantie les capitaux que les actionnaires ont

N° 164. (1) Aix, 10 mars 1820, DEVILLENEUVE et CARETTE, t. 6.II.223 ; — Paris, 27 févr. 1833, S., 1833.II.303 ; — Grenoble, 18 mars 1840, S., 1844.II.635 ; — Cass. civ., 28 févr. 1844, S., 1844.I.692. — Cass. req., 25 juin 1846, S., 1846.I.777 ; — Paris, 6 déc. 1850, D., 1851.II.20 ; — Cass. req., 30 juill. 1851, D., 1852.II.22 ; — Cass. civ., 11 mai 1851, S., 1854.I.22 ; — Grenoble, 19 janv. 1854, D., 1855.II.291 ; — Cass. civ., 28 mars 1855, S., 1855.I.294 ; — Amiens, 25 janv. 1856, S., 1856.II.409 ; — Marseille, 6 juill. 1860 et Aix-en-Provence, 13 août 1860, D., 1860.II.222 ; — Cass. req., 24 juin 1861, D., 1861.I.435 ; — Rouen, 25 nov. 1861 et Cass. req., 3 mars 1863, S., 1863.I.140 ; — Lyon, 2 févr. 1864, S., 1865.II.177 ; — Cass. civ., 9 févr. 1864, S., 1863.I.137 ; D., 1864.I.72 ; — Poitiers, 30 janv. 1867, D., 1867.II.142 ; — Cass. civ., 14 avril 1869, S., 1870.I.76 ; — Cass. civ., 10 avril 1877, D., 1877.I.34 ; — Cass. req., 28 oct. 1866, S., 1887.I.49 ; — Cass. req., 2 déc. 1891, D., 1892.I.154 ; Cass. civ., 20 févr. 1894, S., 1894.I.185 ; — Cass. req., 31 mai 1902, S., 1903.I.177 ; — Lyon, 20 mars 1913, la loi du 22 oct. 1913 ; — Lille, 1^{er} mai 1914, J.S., 1920-137 ; — Cass. civ., 17 déc. 1930, D.H., 1931.101, S., 1931.I.213 ; — Trib. com. Seine, 2 mai 1938, R.T.D.C., 1939-397 ; — Montpellier, 1^{er} juin 1954, J.C.P., 1955.8680.

promis d'apporter à la société pour composer l'actif social dont le chiffre a été porté à la connaissance de tous par la publication imposée à ces sortes de sociétés... que les créanciers qui ont suivi la foi de la société annonçant son capital social comme garantie de ses engagements et qui par suite ont dû croire à la réalisation des valeurs promises par les actionnaires pour fournir ce capital, ont réellement pour débiteurs ces derniers jusqu'à concurrence des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la caisse sociale, qu'il en résulte un lien de droit entre eux, d'où résulte pour les créanciers une action directe et utile... » (1).

Le même raisonnement se retrouve dans les décisions qui ont été rendues non plus dans l'hypothèse d'une absence de libération des apports, mais dans celle d'un partage anticipé du patrimoine social :

« ...qu'à la vérité le commanditaire ou l'actionnaire engage le capital dont il promet le versement ou qui doit lui revenir pour sa part à la dissolution de la société, mais que ce capital comme tout ce qui constitue l'actif social est à ce titre le gage des créanciers de la société ; que lorsque la société est en liquidation, aucune fraction de ce gage ne peut être distraite de sa destination... » (2).

En outre dans le troisième attendu de l'arrêt précité de la Chambre civile, on peut relever un autre argument qui repose sur la règle de l'article 1998 du Code civil, selon laquelle le mandat est tenu de toutes les obligations contractées par son mandataire en exécution des pouvoirs qu'il lui a conférés. Ainsi les associés seraient liés envers les créanciers sociaux par les engagements auxquels les anciens dirigeants de la société ou le liquidateur auraient souscrit en leur nom.

165. — 2. De ces deux fondements que la jurisprudence donne à l'action directe, il en est un qu'il convient d'écarter immédiatement. C'est celui de l'article 1998 du Code civil. Ce texte est en effet ici inapplicable, car les gérants, les administrateurs ou les liquidateurs ne sont pas les mandataires des associés, mais la personnification, l'organe de la société (1). S'ils sont désignés par les associés, c'est au nom de la société que ceux-ci leur remettent leur mandat. Ils ne sauraient donc valablement les représenter.

N° 165. (1) Cass. civ., 28 mars 1855, S., 1855.I.294. Voir aussi Cass. req., 27 mars 1939, D.H., 1939.356.

(2) Cass. civ., 9 févr. 1864, D., 1864.I.72 et 14 avril 1869, S., 1870.I.75. Voir aussi : Amiens, 25 janv. 1856.II.409.

N° 165-2. (1) Voir *supra*, n° 108, note 1.

Quant à l'autre fondement, celui de la publicité de l'engagement des associés, il est certainement beaucoup plus exact. Mais il doit être précisé, car dans la forme sous laquelle il a été présenté, il se heurte à des objections. On peut tout d'abord faire remarquer qu'il n'est pertinent que dans le cas où l'action directe concerne la libération des apports. Dans l'hypothèse d'un partage anticipé du patrimoine social il vient au contraire mal à propos, pour la raison que si les associés ont promis qu'ils feraient certains apports, ils n'ont jamais dit qu'ils ne les retireraient pas après la dissolution. D'autre part il est en lui-même d'une portée limitée. Ces associés n'ont pris d'engagement que pour leurs apports qui constituent le capital social. A l'égard des réserves ils n'ont fait aucune déclaration. Rien ne peut donc les empêcher de se les approprier.

C'est pourquoi il faut ajouter que la bonne foi qui en droit positif français gouverne tous les contrats, s'oppose à ce qu'ils reviennent directement ou indirectement sur leur promesse. Ainsi ils ne seraient pas de bonne foi s'ils reprenaient par un partage anticipé tous les biens qu'ils ont apportés à la société. De même ils n'agiraient pas encore de bonne foi s'ils appréhendaient les réserves de la société, puisque celles-ci sont destinées à assurer la fixité du capital social, c'est-à-dire à maintenir les apports dans leur intégrité (2).

166. — Ainsi justifiée, cette action directe a un très large domaine d'application. Elle vise toutes les hypothèses dans lesquelles les associés se trouvent détenir d'une manière indue des éléments de l'actif social. Elle peut même être employée lorsqu'il s'agit de dividendes fictifs (1). Dans ce cas en effet ils n'ont pas fait autre chose que de retirer d'une façon déguisée les biens ou les deniers qu'ils avaient apportés à la société. Si dans la situation particulière prévue par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867, le législateur a permis aux membres d'une société par actions de garder les dividendes qu'ils avaient perçus sur un bilan conforme, c'est uniquement parce qu'il a considéré qu'il était possible qu'ils soient de bonne foi. Ceux-ci, étant plus des épargnants que de véritables associés, sont assez peu au courant des affaires sociales. Ils ont donc pu être de bonne foi et croire que ces dividendes avaient été prélevés sur des bénéfices et non sur le capital social. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la jurisprudence se refuse à appliquer ce texte en dehors des sociétés par actions. Elle estime que dans

(2) Cass. civ., 14 avril 1869, S., 1870.I.76, 2^e arrêt. A cela on peut ajouter que la constitution de réserves est parfois une obligation légale. Il en est ainsi pour les sociétés par actions, art. 36 de la loi du 24 juill. 1867.

N^o 166. (1) Elle porte dans ce cas le nom d'« action en répétition de dividendes fictifs ».

les sociétés de personnes les associés connaissent suffisamment la marche de la société pour savoir à quoi s'en tenir sur les sommes qui leur sont remises à titre de dividendes (2).

A part cette limitation apportée par la loi du 24 juillet 1867, l'action directe ne comporte d'autres restrictions qu'en ce qui concerne les associations en participation. Ces sociétés étant occultes, l'engagement des associés n'est pas publié et ne peut être ainsi porté à la connaissance des créanciers sociaux. Comme en outre elles n'ont pas de raison sociale, il est impossible qu'un quelconque lien de droit se forme entre eux. C'est pourquoi les Cours et Tribunaux écartent toujours l'action directe quand il s'agit d'une association en participation (3). Les créanciers sociaux ne restent pas cependant sans défense, car ils conservent le droit de poursuivre les divers participants par le moyen de l'action oblique (4). Celle-ci est toutefois beaucoup moins efficace, puisqu'en se présentant au nom du gérant, ils se heurtent à toutes les exceptions que les associés sont fondés à opposer à celui-ci (5).

Section II

Des caractères particuliers de cette action

167. — Cette action revêt des caractères particuliers. Par certains aspects elle tend à se rapprocher des actions directes des articles 1753, 1798 et 1994 du Code civil, par d'autres au contraire elle offre une certaine ressemblance avec l'action oblique.

§ 1. *Du caractère direct de cette action*

168. — Cette action peut être qualifiée de « directe », en ce sens que les créanciers sociaux qui l'emploient, agissent en leur propre nom contre les associés personnellement (1). Par

(2) Cass. req., 22 juin 1880, D., 1881.I.18 ; S., 1882.I.425 ; — Cass. civ., 1^{er} juill. 1896, D., 1896.I.552 ; S., 1898.I.335 ; — Cass. civ., 7 nov. 1899, D., 1900.I.369, note Thaller, S., 1901.I.513, note Wahl ; — Cass. civ., 15 sept. 1910, D., 1912.I.97, note Percerou ; S., 1911.I.5, note Lyon-Caen.

(3) Cass. req., 9 janv. 1821, Répertoire Dalloz, *Sociétés*, n° 746 ; — Bordeaux, 13 avril 1848, D., 1848.II.162 ; — Aix en Provence, 16 mai 1868, D., 1870.II.48 ; — Cass. civ., 21 mars 1876 et 26 août 1879, S., 1879.I.454 ; — Cass. civ., 21 oct. 1941, S., 1943.I.15 ; — Bordeaux, 29 nov. 1948, D., 1949.II.403.

(4) Cass. civ., 11 avril 1849, D., 1854.V.719 ; — Paris, 8 août 1870, D., 1871.II.7.

(5) Voir *supra*, n° 164.

N° 168. (1) Il ne faut pas la confondre avec l'action exercée contre la société, et qui peut parfois être dirigée contre un associé. C'est ce qui se produit quand

là elle paraît très proche des actions directes du Code civil. Elle en diffère toutefois assez profondément par le fait qu'elle est d'une efficacité bien supérieure.

Dans le régime des actions des articles 1753, 1798 et 1994, le sous-débiteur est en droit de faire valoir auprès du créancier toutes les conventions qu'il a conclues avec le débiteur principal, et qui l'exonèrent totalement ou partiellement des obligations qu'il avait souscrites. C'est ainsi que le sous-locataire peut opposer au bailleur les diminutions de son loyer qui lui ont été consenties par le locataire principal. De même le maître de l'ouvrage a la possibilité d'exciper auprès des ouvriers qui le poursuivent, de la réfaction de prix qui lui a été accordée par l'entrepreneur. La solution est identique quand il s'agit non plus des modalités de l'obligation contractée, mais de l'existence de celle-ci. Si le contrat de sous-location ou d'entreprise sont nuls, le bailleur ou les ouvriers n'ont aucune action contre le sous-débiteur. En droit commun on peut donc dire que la plupart des exceptions opposables au débiteur principal, le sont aussi au créancier.

Au contraire dans le cas de l'action directe reconnue aux créanciers sociaux, la jurisprudence refuse tout effet aux conventions particulières passées entre un gérant ou un liquidateur et un ou plusieurs associés, et qui auraient pour but d'exonérer ceux-ci de tout ou partie de leurs apports (2). Elle considère que ce serait pour eux un moyen trop facile de se soustraire à leurs obligations si par un accord ultérieur avec un dirigeant de la société, ils pouvaient se dispenser d'exécuter les engagements souscrits. Elle estime que ces combinaisons seraient contraires à la bonne foi (3). Quant à la nullité de la société ou de la souscription de l'associé, elle la déclare également inopposable aux créanciers sociaux (4). Elle remarque

une société, dissoute par la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé, n'a pas de liquidateur. Les créanciers sociaux qui poursuivent cet associé, n'agissent pas contre lui personnellement, mais en tant que représentant de la société. Voir *supra*, n° 69 et 79 et *infra*, n° 175.

(2) Cass. civ., 11 mai 1853, S., 1854.I.22 et 6 nov. 1865, S., 1866.I.109.

(3) D'ailleurs les conventions ne pourraient guère être opposables qu'à ceux qui ont traité avec la société postérieurement à leur conclusion.

(4) Lyon, 31 janv. 1840 et Cass. civ., 28 févr. 1844, Répertoire Dalloz, *Sociétés*, n° 657 et 654 ; — Paris, 30 juill. 1859, D., 1859.II.65 ; — Cass. req., 21 juin 1861, D., 1861.I.435 ; — Cass. req., 10 févr. 1868, D., 1875.I.381 ; — Paris, 26 avril 1877 et 9 mai 1877, D., 1879.II.81 ; — Cass. civ., 25 févr. 1885, D., 1885.I.404 ; — Cass. req., 25 mai 1886, D., 1887.I.379 ; — Cass. civ., 3 janv. 1887, R.S., 1887.64 ; — 15 nov. 1892, J.S., 1894.255 ; — 25 mai 1897, J.S., 1897.501 ; — 7 nov. 1899, D., 1900.I.369 ; — Lyon, 9 oct. 1903, *Recueil des Sommaires*, 1903, n° 2148 ; — Lyon, 30 juill. 1904, *Recueil des Sommaires*, 1905, n° 2064 ; — Cass. civ., 18 juill. 1906, D., 1908.I.21, note Thaller.

en effet que si on ne peut reprocher à ceux-ci de ne pas avoir examiné avant de traiter la régularité de la société ou de la souscription des associés (5), ces derniers ont par contre commis une faute en attendant le moment où ils sont poursuivis, pour agir en nullité. Ces associés négligents doivent subir les conséquences de leur inertie.

Cette action directe est donc bien plus efficace que celles du Code civil. Les associés ne peuvent échapper au recours des créanciers sociaux qu'en prouvant qu'ils n'ont rien retiré du patrimoine social, qu'ils ont effectué leurs apports ou qu'ils ont revendu leurs titres (6). Et encore ces deux dernières exceptions ne sont pas toujours libératoires.

169. — Il faut signaler en effet qu'en cas de revente d'une action qui n'est pas intégralement libérée, l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 déclare son souscripteur et ses porteurs successifs solidaires du paiement du montant de la souscription pendant un délai de deux ans.

En outre dans l'hypothèse où l'actionnaire a fait racheter ses titres par la société, il convient de rappeler que ce rachat n'est valable que s'il a été réalisé par un prélèvement sur les réserves et non pas sur le capital (1). S'il en était autrement, ce ne serait qu'une reprise d'apport déguisé, inopposable aux créanciers sociaux. Ceux-ci seraient alors fondés à le poursuivre comme si la vente n'avait pas eu lieu (2).

Enfin lorsqu'il s'agit non plus d'une société par actions, mais d'une société de personnes, on doit encore souligner que la cession de parts sociales ne libère l'associé que du passif postérieur à la date à laquelle elle a été faite (3).

(5) Une telle recherche serait en effet incompatible avec la simplicité et la rapidité qui doivent gouverner les opérations commerciales.

(6) Dans ces deux derniers cas, c'est aux associés de prouver l'exception dont ils se prévalent : *Reus in excipiendo fit actor* ; — Cass. civ., 4 janv. 1887, D., 1887.I.124 ; S., 1890.I.387.

N° 169. (1) Cass. civ., 20 juill. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904.II.450 ; — 15 mars 1927, S., 1927.I.109 ; — 29 oct. 1929, S., 1930.I.72 ; — Grenoble, 15 nov. 1927, *J.S.*, 1929.666.

(2) Paris, 11 mai 1880, S., 1882.II.121 ; — Orléans, 5 août 1882.3.1184.II.57 ; — Cass. civ., 3 janv. 1887, S., 1887.I.269 ; — Lorsque la négociation a eu lieu en Bourse, en raison du secret professionnel qui entoure les opérations, l'actionnaire ignore la plupart du temps l'identité de son acquéreur. il peut donc être considéré comme étant de bonne foi ; c'est pourquoi la jurisprudence le met à l'abri des poursuites des créanciers sociaux : Paris, 4 févr. 1881, S., 1882.II.121 ; — Par contre si le rachat a été effectué de gré à gré par un administrateur ou par le liquidateur, l'associé n'est pas considéré comme étant de bonne foi, même si ceux-ci lui ont déclaré qu'ils faisaient cette acquisition pour leur compte personnel : Paris, 11 mai 1880, S., 1881.II.121.

(3) Cass. civ., 16 mars 1942, D.C., 1942.62, S., 1942.I.105, note Esmein, *S.J.*, 1942.1854, note Bastian.

170. — De même la libération de son apport ne soustrait pas toujours l'associé à l'action des créanciers sociaux. Il en est ainsi lorsque celui-ci, créancier par ailleurs de la société, prétend l'avoir effectué par le jeu de la compensation. Ce moyen ne peut en effet être opposé que dans la mesure où les conditions de la compensation légale étaient réunies avant les poursuites (1). S'il n'en est pas ainsi, la jurisprudence rejette cette exception, car elle estime que le double paiement fictif, dans lequel elle voit un des aspects de la compensation, n'a pu s'opérer (2).

§ 2. *De la ressemblance de cette action directe
avec l'action oblique
de l'article 1166 du Code civil*

171. — Bien que cette action présente indiscutablement les caractères d'une action directe, elle n'en offre pas moins une certaine parenté avec l'action oblique du Code civil, car elle n'a pas nécessairement pour résultat d'obliger l'associé à s'exécuter sans intermédiaire envers les créanciers sociaux. Il peut aussi se libérer entre les mains de la société.

Si on examine les décisions des Cours et des Tribunaux, on peut en effet remarquer que les conséquences que ceux-ci attribuent à cette action, ne sont pas en principe celles d'une action directe, mais au contraire celles d'une action oblique. La plupart des arrêts imposent simplement aux associés de « rétablir » ou de « réintégrer » dans la caisse sociale ce qu'ils auraient dû y verser ou ce qu'ils en ont indûment retiré (1). Et si la Chambre civile de la Cour de cassation leur reconnaît aussi le droit de payer directement les créanciers sociaux, elle semble bien présenter cette deuxième solution comme une

N° 170. (1) Cass. civ., 8 févr. 1845, S., 1845.I.590 ; — 8 juill. 1862, S., 1863.I.196 ; D., 1862.I.511 ; — 4 mars 1867, S., 1867.I.254 ; D., 1867.I.425 ; — Les deux dettes doivent donc être certaines, exigibles et liquides avant les poursuites des créanciers sociaux. Suivant l'adage *reus in excipiendo fit actor*, c'est à l'associé de prouver que ces conditions étaient réunies : Cass. civ., 4 mars 1867, précité et 4 janv. 1887, S., 1890.I.387, D., 1887.I.24 ; — Si la société dissoute a été déclarée en faillite, la compensation doit en outre s'être opérée avant la cessation des paiements : Cass. req., 8 avril 1845.I.248 ; — Paris, 11 févr. 1891, *Journal des faillites*, 1893.59 et 17 nov. 1898, J.S., 1899.489 ; — On ne peut en effet faire appel ici à la notion de connexité, car on ne voit guère comment sa créance pourrait être liée à sa dette d'apport : voir *supra*, n° 100.

(2) Cass. req., 27 mars 1939, D.H., 1939.356 ; — Cass. req., 2 sept. 1940, S., 1940.I.106.

N° 171. (1) Cass. civ., 28 mars 1855, S., 1855.I.294 ; — Amiens, 25 janv. 1856, S., 1856.II.409.

exception à la première. La formule qu'elle emploie en donne nettement l'impression :

«... qu'ils sont obligés (les associés) de rétablir dans la caisse sociale ce qu'ils en ont prématurément retiré, ou de subir chacun... l'action des créanciers... » (2). Ainsi si les associés ont une sorte d'option, il apparaît que pour la Cour suprême et l'ensemble de la jurisprudence, la première branche de cette option — l'effet oblique de cette action dite directe — a une importance primordiale. Ce n'est que dans le cas où ils se refusent à opérer la restitution demandée que les créanciers sociaux ont le droit de faire une saisie sur leur patrimoine personnel.

172. — Cette option, bien qu'elle soit assez singulière, n'est pas pourtant inexplicable. Ses deux branches se justifient facilement.

La première solution — celle du reversement dans la caisse sociale — présente de grands avantages. Elle permet tout d'abord de maintenir une certaine égalité entre les créanciers sociaux, car il leur suffira d'une opposition entre les mains du liquidateur pour obtenir l'ouverture de la procédure de distribution par contribution. Au contraire si le paiement direct avait été seul autorisé, il leur eut fallu faire opposition entre les mains de tous les associés qui détenaient indûment des éléments du patrimoine social. Cela eut été compliqué et coûteux, donc pratiquement irréalisable. En outre cette solution est aussi préférable pour les associés. Elle leur évite des poursuites successives. En effet si l'hypothèse d'un règlement direct avait été seule admise, les associés qui auraient été débiteurs envers la société d'une somme supérieure à celle payée aux créanciers sociaux agissant, seraient demeurés exposés à des poursuites ultérieures d'autres créanciers sociaux non désintéressés. Au contraire une fois qu'ils ont réintégré dans la caisse sociale tout ce qu'ils en ont retiré ou qu'ils auraient dû y verser, on ne peut plus rien leur demander (1), car ils ont exécuté entièrement leurs obligations.

Cette restitution des éléments du patrimoine social offrant de si grands avantages, il paraît alors singulier que la jurisprudence ait aussi prévu le cas d'un règlement direct des créanciers sociaux. Il y a pourtant à cela une explication. C'est que la première solution, celle du reversement dans la caisse

(2) Cass. civ., 8 févr. 1864, D., 1864.I.72; S., 1864.I.137 et 14 avril 1869, S., 1870.I.75; — Voir aussi : Cass. req., 2 déc. 1891, D., 1892.I.154; — Lille, 1^{er} mai, J.S., 1920.137.

N° 172. (1) Sauf dans l'hypothèse des associés indéfiniment responsables.

sociale, n'est pas toujours possible. Il en est ainsi lorsque la société a disparu à la suite d'un partage anticipé de son actif ; elle n'a plus ni domicile, ni représentant pour recevoir les deniers des associés. Certes le tribunal qui condamne les associés à restitution, pourrait lui désigner un nouveau liquidateur, mais cela risque d'être une source inutile de frais, surtout si les créances impayées sont peu nombreuses (2). D'autre part si les associés refusent de réintégrer les sommes ou les biens qu'ils détiennent indûment, on ne voit guère comment les créanciers sociaux pourraient les y forcer, car ils n'agissent pas du chef de la société mais en leur nom propre. Les voies d'exécution du droit positif français ne renferment aucun moyen de contrainte approprié à ce genre de situation. Le seul remède à cette mauvaise volonté des associés consiste à les menacer d'une saisie, mais pour que celle-ci puisse être opérée, il faut que les créanciers sociaux aient déjà le droit de les poursuivre sur leur patrimoine personnel.

Ainsi les deux solutions dégagées par la jurisprudence se justifient parfaitement. La première, celle du reversement dans la caisse sociale, est certes le plus souvent préférable, mais comme elle nécessite une sanction, qui ne peut se manifester que par le moyen de la seconde, c'est-à-dire par une obligation directe envers les créanciers sociaux, on est nécessairement conduit à les admettre toutes les deux.

Il n'en reste pas moins, cependant, que cette option reconnue aux associés, confère une physionomie bien spéciale à l'action des créanciers sociaux. Celle-ci, tout en leur procurant une sécurité comparable et même bien supérieure à celle des actions directes du Code civil, offre cette particularité curieuse d'avoir quelquefois l'effet d'une action oblique.

Section III

De la date à laquelle cette action peut être exercée

173. — Lorsque la détention induite des biens de la société par les associés, résulte d'un partage anticipé, il est évident que la question ne se pose pas. L'action directe étant ici donnée aux créanciers sociaux pour remédier aux inconvénients issus de ce partage, ils ont sans aucun doute le droit de l'exer-

(2) Considération qui semble avoir animé récemment la Cour de Montpellier, arrêt du 1^{er} juin 1954, *J.C.P.*, 1955.8680.

cer dès que les associés se sont appropriés le patrimoine social (1).

Par contre si l'action directe concerne simplement une absence de libération des apports, il est permis d'hésiter. On peut en effet se demander si les créanciers sociaux ont la possibilité d'agir immédiatement, ou s'ils ne doivent pas plutôt attendre l'accomplissement du partage. Il y a en faveur de cette dernière solution deux arguments qui semblent d'une valeur indiscutable. C'est tout d'abord le fait qu'au cours de la liquidation, le liquidateur est seul habilité à gérer le patrimoine social et par conséquent seul qualifié pour exiger des associés la libération de leurs apports. D'autre part tant que le partage n'a pas été opéré, la société conserve la propriété de ses biens et est réputée être *in bonis*. Les créanciers sociaux paraissent donc dans ce cas n'avoir aucun intérêt légitime à poursuivre directement les associés. Tel est d'ailleurs le point de vue de la Cour de cassation :

« ...attendu que tant que le fonds social n'a pas été distribué et qu'il reste dans la caisse sociale une somme encore suffisante pour faire face aux dettes, c'est contre les administrateurs et les liquidateurs que les tiers doivent agir, la personne civile de la société continuant d'exister, c'est contre ses représentants légaux que toutes les actions doivent être dirigées, mais qu'il n'en est plus ainsi, lorsque la dissolution et la liquidation ont fait cesser... la représentation de l'être moral qui ne subsiste plus alors, qu'il appartient aux créanciers non payés de rechercher si les actionnaires ont versé réellement dans la caisse sociale les fonds qu'ils avaient promis d'y apporter, ou si les ayant mis d'abord, ils ne les auraient pas ensuite retirés au préjudice des tiers dont ces capitaux étaient le gage, et s'il est établi que ces actionnaires n'ont pas rempli leurs obligations à cet égard, lesdits créanciers doivent avoir une action directe et utile pour les y contraindre, et leur demander la restitution de ce qu'ils ont retiré indûment de la caisse sociale... » (2).

Cependant si le principe de cette solution doit être adopté, il convient de remarquer que la Cour suprême lui apporte elle-même une limitation. L'emploi de l'action directe au cours de la liquidation n'est prohibé que s'il reste dans la caisse sociale une somme suffisante pour assurer le paiement du passif. Si

N° 173. (1) Et il est inutile qu'ils mettent d'abord la société en demeure de payer, puisque celle-ci n'a plus ni liquidateur, ni siège, ni patrimoine après le partage : Cass. civ., 10 avril 1877, D., 1877.I.347.

(2) Cass. civ., 28 mars 1855, S., 1855.I.294 ; — Voir aussi : Cass. req., 3 mars 1863, D., 1863.I.125, S., 1863.I.137.

cela n'est pas, les créanciers sociaux ont un intérêt légitime à poursuivre les associés (3), et il faut leur reconnaître le droit d'exercer cette action. Toutefois afin de prouver cette insuffisance de l'actif social, ils seront obligés de mettre d'abord la société en demeure de les payer (4). Cette obligation cesse lorsque celle-ci est déclarée en faillite, car elle est alors présumée ne plus être *in bonis* (5).

174. — La détermination de la date à partir de laquelle les créanciers sociaux peuvent agir contre les associés pour obtenir la libération de leurs apports, fait encore surgir une difficulté lorsque l'engagement de ces derniers est affecté d'un terme.

Dans le cas d'une société à la fois dissoute et faillite la jurisprudence se prononce pour la déchéance de ce terme. Elle autorise le syndic à poursuivre les associés dès le jugement déclaratif (1). Mais il y a à cela une raison, la faillite est une liquidation collective et organisée.

Dans l'hypothèse d'une société simplement dissoute cette solution est douteuse. On a vu en effet que la dissolution n'entraîne pas en principe la déchéance du terme (2). D'autre part, il ne s'agit pas d'un terme consenti à la société mais aux associés. Les circonstances de la vie sociale ne devraient donc pas influencer son existence. Il n'y a d'ailleurs pas de jurisprudence sur la question (3).

Section IV

Du cas particulier de la société dissoute par la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé

175. — Lorsqu'une société est dissoute dans de telles conditions, on peut hésiter dans le choix de l'action que les créanciers sociaux doivent employer, car il semble possible de les admet-

(3) Même solution lorsque l'action directe a pour but la répétition de dividendes fictifs : Caen, 16 août 1864, S., 1865.II.33 ; — Bourges, 21 août 1871, S., 1871.II.257 ; — Il n'en serait autrement que si le liquidateur prenait l'engagement formel d'obtenir des associés la libération de leurs apports ou la remise des dividendes fictifs.

(4) Cass. civ., 27 mai 1914, D., 1921.I.121 ; — Cass. req., 3 mai 1926, D.H., 1926.298, voir aussi : Cass. civ., 28 mars 1898, D., 1899.I.49.

(5) Cass. civ., 20 oct. 1886, D., 1887.I.117 ; — Cass. req., 1^{er} mai 1907, D., 1907.I.373 ; — Cass. req., 24 oct. 1910, J.S., 1911.157.

N° 174. (1) Cass. req., 25 oct. 1897, D., 1898.I.297 ; — Cass. req., 31 mai 1902, D., 1902.I.351 ; — Cass. req., 18 juill. 1906, D., 1907.I.265.

(2) Voir *supra*, n° 86 et s.

(3) Le Code de commerce japonais, art. 126, prévoit l'hypothèse et ne permet pas aux associés de se prévaloir du terme.

tre à utiliser aussi bien l'action directe que l'action contre la société.

Il n'y a en effet ici aucun obstacle à l'exercice de l'action directe. L'associé survivant qui s'approprie les biens de la société commet un détournement du gage des créanciers sociaux. Ceux-ci, sont donc fondés à le poursuivre pour obtenir leur restitution sans attendre un partage qui par hypothèse n'aura pas lieu (1).

Mais il n'y a pas non plus d'objection à ce que les créanciers sociaux assignent cet associé en tant que représentant de la société dissoute. On a vu précédemment que dans ces circonstances la fiction de survie n'est pas exclue et que la société subsiste avec sa personnalité morale (2). Comme d'autre part, à défaut de liquidateur, il est toujours possible de remettre un exploit à un associé (3), il n'y a aucune raison pour interdire ici aux créanciers sociaux d'employer l'action contre la société et de la diriger contre cet unique associé qui sera considéré comme liquidateur de fait.

Si la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se pencher sur ce problème, il est néanmoins certain que l'action contre la société peut, elle, être exercée. Divers arrêts ont autorisé implicitement des créanciers sociaux, placés dans les mêmes conditions, à agir contre l'associé survivant en tant que représentant de la société dissoute (4). La solution ne demeure douteuse en droit positif que pour l'action directe.

176. — D'ailleurs il n'est pas sûr que les créanciers sociaux aient intérêt à l'utiliser. En effet comme on le verra bientôt (1) il est assez difficile, dans le cas de l'action directe, de justifier le maintien de leur droit de préférence, et de leur éviter ainsi un concours des créanciers personnels de l'associé attributaire du patrimoine social. Avec l'action contre la société cela est beaucoup moins délicat. L'associé est réputé n'avoir jamais eu la propriété des biens de la société. Il ne les détient que comme liquidateur de fait, et pour cette raison les créanciers sociaux doivent sans aucun doute avoir sur eux un droit de préférence.

N° 175. (1) A cette hypothèse il faut joindre celle dans laquelle les associés décident d'attribuer tout l'actif à l'un d'eux moyennant le paiement d'une soulte ou l'extinction du passif. Cette convention de dissolution équivaut à un partage. Par suite les créanciers sociaux ont le droit d'agir immédiatement contre l'associé qui recueille le patrimoine social.

(2) Voir *supra*, n° 69 à 75.

(3) Voir *supra*, n° 79.

(4) Toulon, 5 févr. 1913; jet Aix, 4 nov. 1913, *J.S.*, 1915, p. 19; — Cass. civ., 6 nov. 1918, *Gazette des Sociétés*, 1919.6; — Voir aussi : Cass. req., 9 août 1859, S., 1860.I.470; D., 1859.I.421.

N° 176. (1) Voir *infra*, nos 186 et s.

177. — Enfin il faut signaler que pour les créanciers sociaux postérieurs à la dissolution, il peut même être préférable de n'employer ni l'action directe, ni l'action contre la société dirigée contre l'associé, mais l'action en déclaration de simulation. C'est ce qui se produit lorsque le patrimoine social est insuffisant pour les désintéresser.

Dans ce cas ils ont un avantage certain à soutenir qu'ils ont traité avec une fausse société, c'est-à-dire avec l'associé agissant personnellement et non comme représentant de la société. Cela leur permettra d'étendre leurs poursuites à l'ensemble de son patrimoine personnel (1).

Section V

L'action directe dans les législations étrangères

178. — On a vu précédemment que beaucoup de législations étrangères ont pris des dispositions pour éviter que les associés ne s'emparent de l'actif social avant l'apurement du passif (1). Il peut arriver cependant qu'elles se révèlent inefficaces. C'est pourquoi il convient de rechercher quels sont les droits qui sont reconnus en cette hypothèse aux créanciers sociaux.

La plupart des droits positifs étrangers leur accordent ici le bénéfice d'une action directe. Il en est ainsi en Allemagne, en Argentine et en Suisse (2). La loi belge a adopté aussi la même solution, car si dans ces circonstances elle autorise les créanciers sociaux à agir contre l'ancien liquidateur qui représente toujours, selon elle, la société dissoute, il lui a fallu néanmoins prévoir aussi le cas où celui-ci reste inactif (3).

Comme en France cette action directe ne se heurte à aucune des exceptions dont les associés sont en droit de se prévaloir à l'encontre des dirigeants de la société (4). De même, lorsqu'elle concerne la libération des apports, les créanciers sociaux doivent tout d'abord prouver que l'actif social est insuffisant pour éteindre leurs créances (5).

N° 177. (1) Paris, 9 janv. 1930, *J.S.*, 1931.141 ; — Trib. com. Seine, 17 juill. 1931 et Paris, 14 nov. 1932, *D.*, 1934.II.120.

N° 178. (1) Voir *supra*, n° 157 à 159.

(2) En Allemagne : art. 171 et 311 du Code de commerce de 1897, art. 77 de la loi du 20 mai 1898 sur les S.A.R.L. § 56, al. 1^{er} de la loi du 30 janv. 1937 ; — En Argentine : art. 443 du Code de commerce de 1889 et loi n° 3528 du 30 sept. 1897 ; — En Suisse : art. 603 du Code fédéral des obligations.

(3) Art. 190, al. 1^{er} des lois coordonnées du 30 oct. 1935 ; — La dissolution entraînant la déchéance du terme, l'action directe peut aussi être exercée par les créanciers dont la dette n'est pas exigible : Anvers, 24 août 1917, *Pas*, 1918.III.262.

(4) Voir *supra*, notes 2 et 3.

(5) Voir *supra*, notes 2 et 3.

L'action directe est donc soumise à l'étranger à un régime très comparable à celui qu'elle a en France. On ne peut guère noter une différence que dans le droit positif belge. La liquidation y étant collective et organisée les associés ne peuvent prétendre libérer leurs apports par le moyen de la compensation une fois la dissolution survenue. Cela serait contraire à l'égalité qui doit régner entre les créanciers de la société (6).

- (6) Trib. de commerce de Bruxelles, 15 nov. 1902, *R.P.S.*, 1903, n° 1435 ; — Trib. com. Liège, 13 nov. 1925, *R.P.S.*, 1926, n° 2709 ; — Trib. com. Bruxelles, 9 févr. 1935 et 26 août 1936, *R.P.S.*, 1938, n° 3695 ; — Cass. civ., 23 nov. 1939, *R.P.S.*, 1940, n° 3847, note 0.

CHAPITRE II

DU MONTANT ET DE LA PROTECTION DU RECOURS DES CREANCIERS SOCIAUX CONTRE LES ASSOCIES

179. — Ces deux problèmes ne se posent que dans l'hypothèse où les associés refusent de réintégrer dans la caisse sociale les biens ou les deniers qu'ils détiennent indûment. S'ils opèrent cette restitution aucune difficulté ne surgit, les créanciers sociaux poursuivent la société pour le montant de leur créance et ils sont privilégiés sur son patrimoine.

Section I

Du montant du recours des créanciers sociaux contre les associés

180. — La détermination du montant du recours des créanciers sociaux soulève deux questions. Il s'agit tout d'abord de savoir si ceux-ci ont le droit de demander à l'associé poursuivi la totalité de leurs créances ou seulement sa part dans la dette. En outre il convient encore de définir l'étendue de la responsabilité de l'associé.

§ 1. *De la solidarité entre les associés*

181. — Lorsque l'associé poursuivi est un associé en nom, les créanciers sociaux ont sans aucun doute le droit de le traiter comme un codébiteur solidaire. L'article 22 du Code de commerce déclare en effet que les associés de ce type sont solidaires pour tous les engagements de la société (1).

N° 181. (1) Cass. req., 14 mai 1890, D., 1891.I.241 ; — Cass. civ., 27 mai 1921, D., 1921.I.121.

Lorsqu'il s'agit au contraire d'associés dont la responsabilité est limitée, la solution est beaucoup moins certaine, car aucun texte n'établit de solidarité entre eux. Malgré cette lacune la jurisprudence n'a pourtant pas hésité à les considérer comme des codébiteurs solidaires. Un attendu souvent employé par la Cour de cassation écarte toute incertitude à ce sujet :

« ...qu'ils sont obligés (les associés) de rétablir dans la caisse sociale ce qu'ils en ont prématurément retiré, ou de subir chacun pour le tout... l'action des créanciers... » (2).

Cette solution doit être approuvée. Elle est bien dans la ligne des arrêts rendus dans le domaine de la liquidation, et qui tendent à assurer la protection des créanciers sociaux. La jurisprudence qui a établi l'action directe, se devait de déclarer les associés solidaires. Sans cette mesure, l'action directe resterait le plus souvent inefficace, car les deniers récupérés seraient absorbés par les frais qu'entraînerait une division du recours entre tous les associés. A cela on peut ajouter que l'engagement d'un actionnaire ou d'un commanditaire est un acte de caractère commercial (3), et qu'en matière commerciale la solidarité se présume. Enfin il faut faire remarquer que si les associés trouvent leur condition trop dure, ils ont toujours le moyen d'en éviter les inconvénients en réintégrant dans le patrimoine social les éléments qu'ils en détiennent indûment.

182. — Le liquidateur fait surgir en cette matière un problème particulier. Normalement il recouvre ses frais et ses honoraires par un prélèvement dans la caisse sociale. Il peut arriver cependant qu'il ne soit pas encore payé au moment où le partage est déjà accompli. Dès lors s'il doit recourir contre

(2) Cass. civ., 9 févr. 1864, D., 1864.I.72; S., 1864.I.137; — 14 avril 1869, S., 1870.I.75; — Cass. req., 2 déc. 1891, D., 1892.I.154. — Voir aussi : Paris, 8 févr. 1884, S., 1884.II.117; — Cass. civ., 20 oct. 1886, S., 1887.I.49; — Cass. req., 31 mai 1902, D., 1902.I.351; — Lille, 1^{er} mai 1914, J.S., 1920.137. — Certains auteurs écartent cependant toute solidarité : HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édition, t. II, n° 1471, p. 607. — Cette opinion est inexacte, car l'arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence du 5 juillet 1911, J.S., 1912, p. 431, sur lequel s'appuient ces auteurs ne concerne absolument pas la question : il s'agissait d'associés poursuivis pour une fraude commise dans les apports. La faute commune n'ayant pu être prouvée, la Cour d'Aix refusa de les considérer comme des co-auteurs d'un délit et les exempta de la solidarité. Comme par ailleurs ces auteurs n'apportent aucun argument à l'appui de leurs dires, leur solution est sans valeur.

(3) Pour l'actionnaire : Cass. req., 25 oct. 1899, D., 1899.I.560; S., 1900.I.65; Cass. civ., 7 nov. 1899, S., 1901.I.513; — Paris, 31 janv. 1908, D., 1909.II.257; S., 1908.II.208; — RIEPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition 1951, n° 954. — Pour le commanditaire : Paris, 21 mai 1884, S., 1885.II.97; — Paris, 7 déc. 1893, D., 1895.II.43.

les associés par le moyen de l'action directe, comme les autres créanciers sociaux (1), la question se pose de savoir s'il peut lui aussi bénéficier de la solidarité.

La jurisprudence qui a eu quelquefois à statuer sur cette difficulté, la résout par une distinction, et n'admet la solidarité que lorsque le liquidateur n'est pas un associé. Dans le cas contraire celui-ci doit diviser son action entre tous ses co-associés (2).

Certains auteurs appuient cette solution en faisant remarquer que dans ce dernier cas la solidarité aboutirait à un résultat tout à fait injuste (3). Le liquidateur associé aurait le droit d'agir solidairement contre ses coassociés, alors que l'associé non liquidateur qui a été poursuivi par les créanciers sociaux, doit, comme un codébiteur solidaire quelconque, diviser son recours entre ses coassociés.

Cela est vrai, mais ne donne pas une justification très juridique de la position de la jurisprudence. Il vaut mieux observer que le liquidateur associé voit une sorte de confusion s'opérer dans son patrimoine entre les créances d'honoraires ou de frais qu'il possède en tant que liquidateur et la part dans ces mêmes créances dont il est aussi débiteur solidaire comme associé. Il y a là l'équivalent d'un paiement qu'il se serait fait à lui-même. Ayant donc réglé sa part dans les honoraires et les frais de la liquidation, il lui faudra diviser son recours comme tout codébiteur solidaire qui a payé le créancier.

183. — Dans le cas d'une société civile la solidarité doit par contre être écartée, car l'article 1862 du Code civil l'exclue formellement. Les créanciers sociaux ne pourront donc demander à l'associé qu'ils poursuivent, que sa part virile (1).

Ils n'ont pas en effet le droit d'exiger de lui une somme proportionnelle à ses intérêts dans la société puisque l'article 1863 décide que chaque associé est tenu envers les créanciers d'une part égale dans le passif quelque soit le montant de son apport.

N° 182. (1) Contrairement à ce que croient certains auteurs : DOLBEAU, *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e édition 1925, p. 228 et TALANDIER, thèse Paris, 1949, p. 125, le liquidateur amiable n'agit pas contre les associés par l'action *mandati directa*, mais par l'action directe qui appartient à tous les créanciers sociaux. Il est en effet le mandataire de la société et non pas celui des associés. Voir *supra*, n° 108.

(2) Cass. civ., 8 janv. 1862, D., 1863.I.75 ; S., 1862.I.477.

(3) DOLBEAU, *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e édition 1925, p. 228 ; — R. ROUSSEAU, *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 4^e édition 1912, n° 758.

N° 183. (1) Paris, 21 oct. 1942, D.A., 1943, Sommaire 16, Montpellier, 1^{er} juin 1954, J.C.P., 1955.8680.

§ 2. De l'étendue de la responsabilité des associés

184. — Si les associés sont le plus souvent solidaires entre eux, cela ne peut pas dire pour autant que les créanciers sociaux seront dans tous les cas en droit de leur demander la totalité de leurs créances. Il faut en effet tenir compte de l'étendue de la responsabilité de chaque associé qui varie avec la nature de la société. Lorsqu'il s'agit d'une société de personnes, cette responsabilité est indéfinie pour les associés en nom (1), ainsi que pour les commanditaires qui se sont immiscés dans la gestion (2). Pour les autres et pour les membres d'une société par action ou à responsabilité limitée, les créanciers sociaux sont obligés de restreindre leurs prétentions à la valeur de l'actif social qui a été détournée. C'est-à-dire suivant les circonstances à la fraction non libérée des apports ou à la part de biens recueillis à la suite d'un partage anticipé du patrimoine de la société. Quant aux sociétés civiles elle entraînent pour chaque associé une responsabilité indéfinie.

185. — Ainsi la détermination du montant du recours des créanciers sociaux dépend de deux éléments qui sont la présence ou l'absence d'une solidarité entre les associés et l'étendue de l'engagement de ceux-ci.

Dans l'hypothèse d'une société commerciale les associés sont toujours solidaires et par suite les créanciers sociaux ne sont pas obligés de diviser leurs actions. Ils ont la possibilité de s'adresser à un seul d'entre eux. Mais, comme la responsabilité de l'associé poursuivi est fonction du type de la société à laquelle il appartient, ils ne peuvent exiger de lui la totalité de leurs créances que si son engagement est indéfini, ce qui est le cas des associés en nom. Aux commanditaires, aux actionnaires ou aux membres d'une S.A.R.L. ils n'ont le droit de demander qu'une somme au plus égale à la valeur des biens ou des deniers sociaux qu'ils détiennent (1).

Lorsqu'il s'agit au contraire d'une société civile, il n'y a pas de solidarité. Quelque soit le montant de la créance, chaque associé ne peut se voir réclamer que sa part virile. Mais puisque sa responsabilité n'est pas limitée, il ne saurait la restreindre à la fraction du patrimoine social dont il s'est emparé.

N° 184. (1) Cass. req., 6 janv. 1936, S., 1936.I.107 ; art. 22 du Code de commerce.

(2) Cass. req., 7 août 1907, D., 1907.I.463 ; S., 1907.I.336 et 30 déc. 1907, S., 1908.I.124.

N° 185. (1) Lorsque le montant des biens ou des deniers détenus indûment par les associés est inconnu, et que ceux-ci refusent de donner des précisions à ce sujet, les créanciers sociaux ont le droit d'agir pour la totalité de leurs créances : Cass. req., 28 janv. 1884, S., 1886.I.465, 2^e moyen.

Il doit payer toute sa part dans la dette, même si celle-ci est supérieure à la valeur des biens de la société qu'il a détournés.

Section II

De la protection du recours des créanciers sociaux

186. — Lorsque les créanciers sociaux sont obligés d'exercer des poursuites contre des associés, ils risquent de se heurter aux créanciers personnels de ceux-ci. Il s'agit alors de savoir s'ils peuvent prétendre avoir un droit de préférence sur les éléments du patrimoine social qui sont détenus par ces associés. La question ne se pose d'ailleurs que pour les biens facilement identifiables comme les immeubles, ou les meubles dont la mutation est soumise à publicité (1). S'il n'en est pas ainsi la confusion avec les biens propres des associés est inévitable, et aucun droit de préférence ne saurait être réclamé (2).

187. — Il n'existe malheureusement pas de jurisprudence sur ce sujet. Les quelques arrêts que l'on cite parfois en faveur du droit de préférence des créanciers sociaux ne concernent pas exactement le problème (1). Ces décisions ne se rapportent pas à l'hypothèse de l'action directe, mais à celle de l'action contre la société dirigée contre un associé (2). Il en est de même d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (3) qui lui a non seulement refusé tout droit de préférence aux créanciers sociaux, mais encore en a accordé un aux créanciers personnels des associés. Il s'agissait en effet d'une société annulée pour défaut de publicité et l'on sait qu'entre ceux qui se prévalent d'une situation apparente et ceux qui allèguent une situation occulte, la jurisprudence choisit toujours les premiers.

188. — En l'absence d'une solution certaine en droit positif on ne peut que formuler une théorie provisoire. Il faut pour cela faire une distinction entre le cas où l'action directe a trait à une absence de libération des apports, et celui où elle concerne un partage anticipé du patrimoine social.

Dans la première hypothèse il n'y a assurément pas moyen d'accorder un droit de préférence aux créanciers sociaux.

N° 186. (1) Créances, navires, brevets, marques, etc.

(2) C'est ce qui se produit pour les deniers sociaux.

N° 187. (1) Cass. req., 9 août 1859, S., 1860.I.470 ; D., 1859.I.421 ; — Trib. com. Seine, 11 mars 1912, R.S., 1914.242 ; — Toulon, 5 févr. 1913 et Aix-en-Provence, 4 nov. 1913, J.S., 1915, p. 19.

(2) Voir *supra*, n° 175.

(3) Cass. civ., 13 févr. 1855, S., 1855.I.721. — Voir aussi : Paris, 8 juill. 1847, S., 1848.II.58.

L'apport n'a pas été réalisé et il n'y a pas eu de transcription, de tradition, ou les formalités relatives à la cession des meubles incorporels n'ont pas été accomplies. Par conséquent au regard des tiers tous les biens qui étaient l'objet de l'apport sont restés dans le patrimoine de l'associé poursuivi. La société n'a donc jamais pu être considérée comme propriétaire des biens contestés par les créanciers personnels des associés. C'est pourquoi il n'y a aucun argument qui permette de justifier un quelconque droit de préférence des créanciers sociaux.

Dans la seconde hypothèse il semble par contre possible de soutenir l'existence d'une cause de préférence.

Les biens sociaux qui sont maintenant entre les mains de l'associé poursuivi, ont en effet appartenu à la société. Certes ses créanciers peuvent déclarer qu'à la suite du partage la propriété lui en a été transmise, mais en s'appuyant sur ce partage ils reconnaissent par là même l'origine de ces biens. Or, au moment où celui-ci a été effectué, ils ne pouvaient pas ignorer que tant que le passif social ne serait pas apuré les associés n'auraient jamais sur eux que des droits éventuels. Ils savaient parfaitement que ce nouvel accroissement du patrimoine de leur débiteur était sujet à caution.

Dès lors ils sont mal fondés à exiger d'un partage dont ils connaissaient la véritable portée, le caractère provisionnel. C'est pourquoi, dans ce cas, on doit sans aucun doute accorder un droit de préférence aux créanciers sociaux.

TEXTE DE L'ARTICLE 46 DU CODE DE COMMERCE

Rédaction du Code de commerce et de la loi du 24 juillet 1867.

Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46 (articles 55 à 65 de la loi du 24 juillet 1867), et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue, à leur égard, par aucune poursuite judiciaire.

Rédaction du décret du 55.653 du 20 mai 1955.

Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la publication de la dissolution de la société, conformément aux dispositions du Titre IV du présent livre et des textes pris pour son application, si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue, à leur égard, par aucune poursuite judiciaire.

CHAPITRE III

DE LA PRESCRIPTION
DU RECOURS DES CREANCIERS SOCIAUX
CONTRE LES ASSOCIES

189. — Le recours des créanciers sociaux contre les associés est soumis à une prescription spéciale de cinq ans (1) qui est établie par l'article 46 du Code de commerce (2). L'imprécision de ses termes a fait de cette prescription la source de nombreuses difficultés. Elles sont aujourd'hui à peu près résolues en ce qui concerne son domaine et ses conditions d'application. Par contre la détermination de son point de départ, le régime de l'interruption et de la suspension prêtent encore à discussion.

Section I

Domaine d'application de l'article 46
du Code de commerce

190. — Cet article étant rédigé d'une manière générale il importe de définir à quelles sociétés et à quelles actions il s'applique.

§ 1. *Des sociétés soumises à la prescription
éditée par ce texte*

191. — L'article 46 ne comportant aucune restriction, il paraît exact d'appliquer à toutes les sociétés commerciales la

N° 189. (1) La prescription du recours contre la société est soumise au droit commun, voir *supra*, n° 149, note 1.

(2) Ancien article 64 du Code de commerce devenu l'article 46 à la suite du décret 55-653 du 20 mai 1955.

prescription quinquennale qu'il renferme. Tel est d'ailleurs le point de vue de la jurisprudence :

« Attendu en droit que l'article 61 ... déclare prescrites par cinq ans toutes les actions formées contre les associés non liquidateurs, sans établir aucune distinction sur la nature de la société à laquelle s'applique la liquidation ... » (1).

Certains auteurs se sont cependant prononcés contre cette conception (2). Ils ont fait remarquer que historiquement la prescription quinquennale avait été accordée aux associés en nom comme la contrepartie de la responsabilité solidaire et indéfinie qui pèse sur eux, et que par conséquent ils devaient être les seuls à en profiter. Cette observation est juste, car, si on examine les travaux préparatoires, on peut se rendre compte que les rédacteurs du Code de commerce ont eu à peu près uniquement en vue le cas de ces associés (3). Toutefois aujourd'hui la doctrine ne s'arrête plus à ce détail historique, et appuie sans hésiter la solution jurisprudentielle (4), qui est plus conforme au texte de l'article 46 (ex art 64).

192. — La prescription quinquennale étant étendue à l'ensemble des sociétés commerciales, il n'est plus possible d'y voir une mesure d'adoucissement du sort des associés en nom. C'est pourquoi il faut lui rechercher un fondement beaucoup plus général. Pour cela on doit tout d'abord préciser que les explications du droit commun sont en la matière pour la plupart inutilisables. Les justifications, auxquelles celui-ci recourt, reposent en effet le plus souvent sur la qualité ou la nature de la créance dont le recouvrement est poursuivi. C'est ainsi, par exemple, qu'il prescrit certaines dettes par cinq ans en raison de leur caractère périodique et de l'accumulation fâcheuse de termes impayés qui risque d'en résulter. Or ici ce n'est pas le cas. L'article 46 prend en considération non pas la nature de la créance, mais la condition très particulière du débiteur qui est celle d'un ancien associé.

N° 191. (1) Cass. req., 21 juill. 1835, S., 1835.I.121 ; — Bordeaux, 22 févr. 1892, D., 1894.II.184 ; — Cass. req., 24 janv. 1894, S., 1895.I.497, note Wahl.

A l'étranger la prescription de cinq ans est aussi appliquée à l'ensemble des sociétés commerciales : Allemagne, art. 157 à 160 du Code de commerce de 1897, § 56 de la loi du 30 janv. 1937 ; — Belgique, art. 127 des lois coordonnées du 18 mai 1873 ; — Chine, art. 88 et 276 de la loi du 12 avril 1946 ; — Japon, art. 145 du Code de commerce ; — Suisse, art. 585 du Code fédéral des obligations.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, t. 2, n°s 428 et 429, p. 351 ; — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, t. I, p. 455.

(3) LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVII, p. 270 à 277 (Discussion de l'art. 64 au Conseil d'Etat).

(4) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 492.

Bien que les explications du droit commun soient sans aucun doute inapplicables à ce texte, un auteur (1) a cependant tenté de lui adapter l'idée de présomption de paiement. Les associés seraient à l'abri de toute action au bout de cinq ans non pas parce qu'il est d'usage de régler dans de courts délais la dette en question, mais pour la raison que la liquidation étant une situation essentiellement temporaire, il est à présumer que les créanciers sociaux se sont présentés rapidement à la caisse sociale et qu'ils se sont fait payer. Ce système est séduisant, mais on peut lui reprocher d'enlever à la prescription quinquennale une grande partie de son efficacité, car il conduit à n'y voir qu'un simple renversement de la charge de la preuve. En effet il est de principe que le débiteur d'une dette qui a été éteinte par une prescription reposant sur une présomption de paiement, peut toujours être poursuivi par le créancier si celui-ci est à même de prouver que sa créance n'a pas été réellement acquittée (2). C'est là un résultat difficilement admissible, et qui au surplus se concilie mal avec la jurisprudence, car celle-ci rejette toute action au bout de cinq ans quelles que soient les preuves apportées.

C'est pourquoi il vaut mieux considérer la disposition de l'article 46 comme une règle d'organisation de la vie commerciale. En mettant les associés à l'abri de tout recours des créanciers sociaux au bout de cinq ans, elle favorise le développement de la forme sociale de l'entreprise qui est seule conforme aux structures économiques modernes, et elle évite une thésauroisation stérile des capitaux en permettant un réinvestissement rapide de ceux-ci dans d'autres affaires (3). On a ainsi une explication très générale qui justifie son extension à l'ensemble des sociétés commerciales. C'est en s'appuyant sur cette interprétation que la jurisprudence a pu faire bénéficier les sociétés de fait de la prescription quinquennale (4).

193. — Seules les associations en participation et les sociétés civiles sont exclues du domaine de l'article 46.

Pour les premières cela résulte de ce que ce texte ne con-

N° 192. (1) PERCEROU, note au Dalloz, 1908.I.145, *in fine*.

(2) H. MAZEAUD, *Cours de droit civil*, 1949-1950, p. 973 ; — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2^e édition, n° 380.

N° 192. (3) Poitiers, 18 juill. 1894, S., 1896.II.171.

(4) Poitiers, 18 juill. 1894, S., 1896.II.171 ; — Rouen, 30 janv. 1895, J.S., 1895, p. 317 ; — Paris, 2 févr. 1943, J.C.P., 1943.2364 ; — Cass. civ., S.C.F., 14 janv. 1952, Bull. cass., 1952.II, n° 20, p. 15 ; — RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition 1951, n° 710 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. 1, n° 492. — Voir aussi : GABOLDE, J.C.P., 1943.351, édition C.I.

cerne que l'action directe (1) qui est elle-même inapplicable aux membres d'une association en participation (2). En outre le caractère occulte de ces sociétés entraînerait une difficulté presque insurmontable quant à la détermination du point de départ de la prescription (3).

En ce qui concerne les sociétés civiles, cela se comprend aisément puisque sauf le cas d'une disposition spéciale et contraire, elles restent soumises aux textes du Code civil (4). Le fondement donné à la prescription quinquennale se concilierait d'ailleurs fort mal avec les activités qui mènent ces sociétés.

§ 2. Des actions visées par l'article 46

194. — La rédaction de cet article étant très générale = « Toutes actions contre les associés ... », il n'y a aucun doute quant à son application à l'action directe (1). C'est d'ailleurs pour remédier à un exercice tardif de celle-ci qu'il a été établi. En ce qui concerne le recours des créanciers sociaux par l'action oblique (2), la solution est beaucoup plus douteuse. La jurisprudence considère en effet que la prescription quinquennale n'atteint pas les actions que le liquidateur, ou plus exactement la société, peuvent diriger contre les associés (3).

Toutefois cela ne présente que peu d'intérêt, car en utilisant la voie oblique les créanciers sociaux vont se heurter à toutes les exceptions dont les associés sont en droit de se prévaloir

N° 193. (1) Voir *infra*, n° 194.

(2) Voir *supra*, n° 166, note 3.

(3) Caen, 5 mai 1931, S., 1931.II.172 : « l'article 64 ne s'appliquant qu'aux sociétés ayant une existence publique, permettant de suivre leur naissance, leur fonctionnement et leur dissolution, et non aux sociétés en participation dont le caractère occulte est de leur essence même... » ; — Cass. civ., 22 mars 1905, S., 1905.I.308.

(4) Cass. req., 28 janv. 1884, D., 1884.I.145 ; S., 1886.I.465, note Lyon-Caen. — Il en est de même pour les sociétés civiles à forme commerciale. Celles-ci restent avant tout des sociétés civiles : Paris, 21 juill. 1944, D., 1945.II.64 ; — Cass. civ., S.C.F., 15 nov. 1950, D., 1951.I.292

N° 194. (1) Cass. req., 21 juill. 1835, S., 1836.I.121 ; — Rouen, 8 mars 1871, D., 1872.V. Sociétés n° 14 ; — Cass. req., 7 janv. 1873, S., 1873.I.433, note Labbé ; D., 1874.I.470 et 27 janv. 1873, D., 1873.I.371 ; — Paris, 26 avril 1877, D., 1879.II.81, 2^e arrêt ; — Rouen, 27 juill. 1892, R.S., 1893.29 ; — Dijon, 29 mars 1897, S., 1900.II.305 ; — Nancy, 25 mai 1897, J.S., 1898.63 ; — Cass. req., 24 janv. 1894, S., 1895.I.497, note Wahl ; — Paris, 12 mai 1939, S., 1940.II.5, J.S., 1940.201 et 2 févr. 1943, J.C.P., 1943.2364 ; — Cass. civ., S.C.F., 14 janv. 1952 ; *Bull. cass.*, 1952.II, n° 20, p. 15. Il en est ainsi que l'action directe vise un partage anticipé ou une absence de libération des apports : Cass. req., 21 juill. 1835 et 27 janv. 1873, précitées.

(2) Voir *supra*, n° 164.

(3) Cass. req., 27 janv. 1873, D., 1873.I.371 ; — Paris, 26 avril 1877, D., 1879.II.81, 2^e arrêt ; — Rouen, 27 juill. 1892, R.S., 1893, p. 29. — *Contra* : jurisprudence belge, Cass. civ., 30 janv. 1896, Pas., 1896.I.82.

vis-à-vis de la société, et notamment au partage. C'est ce que rappelle un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1894 (4) :

« ... que s'il entendait (le créancier social) procéder en vertu des droits de la société en liquidation, les défendeurs éventuels étaient fondés à lui opposer le quitus résultant d'une convention passée entre tous les associés comme base de règlement de leurs intérêts ... ».

Pour qu'ils aient quelque avantage à agir ainsi, il faut supposer que leur recours ne vise pas un partage anticipé mais une absence de libération des apports, et que l'engagement des associés n'est pas affecté par une convention d'exonération ou vicié par une cause de nullité. Ces conditions ne seront pas toujours réunies ; et d'ailleurs même le seraient-elles, il faut encore observer que l'allongement de la période pendant laquelle ils ont le droit de poursuivre les associés, ne serait pas très important. Dans la plupart des cas, en effet, la prescription quinquennale ne disparaîtra qu'au profit de la prescription abrégée qui gouverne la créance, et qui peut être la prescription décennale des obligations nées entre commerçants ou même une prescription plus courte.

Section II

Des conditions d'application de l'article 46 du Code de commerce

195. — Les plus grosses difficultés d'interprétation de ce texte ont été rencontrées à propos de la détermination de ses conditions exactes d'application. Par suite de l'absence d'un précédent équivalent dans l'ancien droit les systèmes les plus bizarres ont pu être proposés. C'est ainsi qu'à la fin du siècle dernier, des créanciers sociaux s'appuyant sur le fait que l'article 46 vise les « associés non liquidateurs », avaient affirmé que son application supposait l'existence d'une liquidation et même d'un associé liquidateur. Heureusement la Cour de cassation a fait promptement justice de raisonnements aussi tortueux (1). Par contre elle a beaucoup plus hésité avant de tran-

(4) Bordeaux, 22 févr. 1892, D., 1894.II.184 et sur pourvoi Cass. req., 24 janv. 1894, S., 1895.I.497, note Wahl.

N° 195. (1) Cass. civ., 15 déc. 1880, S., 1885.I.2, note Labbé : « ... l'article 64 peut être invoqué au cas où il n'y a pas eu de liquidation, ni liquidateur... ». Voir aussi : Paris, 19 déc. 1903, S., 1907.II.65, note Levillain ; — Cass. civ., 27 janv. 1880, D., 1880.I.104 ; S., 1880.I.165 : « ... qu'il importe nullement que la liquidation ait été conférée à un associé ou à un étranger... ».

cher définitivement les controverses qui se sont fait jour sur la situation de l'associé liquidateur et des membres d'une société dissoute et faillie.

§ 1. De la situation de l'associé liquidateur

196. — Donnant une interprétation *a contrario* et assez littérale de ce texte, la Cour suprême avait commencé par déclarer que l'associé qui avait été liquidateur, ne pouvait jamais bénéficier de la prescription quinquennale (1). Elle ne faisait aucune distinction entre le cas où l'associé était poursuivi en tant que liquidateur, gérant et détenteur du patrimoine social, et celui où il était assigné comme un associé quelconque qui s'est approprié indûment des biens ou des deniers de la société. Le seul fait d'avoir été liquidateur excluait en toutes hypothèses le droit de se prévaloir de l'application de l'article 46.

Cette solution présentait de graves inconvénients. Elle incitait les associés à ne pas se charger de la liquidation et à recourir aux services d'un tiers ; ce qui était une source de frais supplémentaires et inutiles, surtout pour les petites sociétés qui peuvent être facilement liquidées par l'ancien gérant. En outre, par un détour, elle retirait à la prescription quinquennale la plus grande partie de son efficacité, car si un associé liquidateur avait été condamné en tant qu'associé plus de cinq ans après la dissolution, il fallait en toute justice l'autoriser à se retourner contre ses coassociés sous peine de lui imposer une part dans le passif social plus importante que celle qui avait été prévue dans l'acte de société (2).

C'est pourquoi au début de ce siècle la Cour de cassation a brusquement renversé sa jurisprudence et adopté la distinction esquissée plus haut (3). Elle discerne soigneusement les actions qui sont dirigées contre le liquidateur en tant que personne chargée de la liquidation, de celles qui sont exercées contre lui en tant qu'associé débiteur des biens ou des deniers sociaux qu'il s'est approprié indûment. Seules les premières restent soumises au droit commun ; les autres sont au contraire

N° 196. (1) Cass. civ., 8 août 1849, S., 1849.I.479 et 28 mars 1872 ; D., 1872 ; D., 1872.I.247 ; S., 1873.I.149.

(2) L'article 46 ne s'applique pas aux actions des associés les uns contre les autres : Rouen, 8 mars 1871, S., 1871.II.269 ; — Paris, 26 avril 1877, S., 1880.II.331 ; — Dijon, 29 mars 1897, J.S., 1897.412 ; — Nancy, 25 mai 1897, J.S., 1898.63. Ce qui est assez juste puisque ce texte a été établi uniquement pour écarter des demandes trop tardives des tiers : voir *supra*, n°s 191 et 192.

(3) Cass. civ., 27 mai 1914, S., 1914.I.425, note Lyon-Caen ; D., 1921.I.121, note Lacour.

maintenant gouvernées par la prescription quinquennale. Cette distinction n'est évidemment pas dans la lettre même de l'article 46, mais elle est tout au moins dans son esprit, car sans elle ce texte serait pratiquement dépourvu d'une grande partie de son efficacité. C'est pourquoi cette interprétation rallie aujourd'hui toutes les décisions jurisprudentielles (4), et ne rencontre aucune opposition dans la doctrine (5).

§ 2. Du cas particulier de la société dissoute et faillie

197. — Une jurisprudence ancienne et bien assise interdit aux associés d'exciper de la prescription quinquennale lorsque la société une fois dissoute a été mise en faillite (1). Au premier abord cette solution est étonnante, et rien ne permet de la déduire des termes de l'article 46. Elle est pourtant conforme à l'intention des rédacteurs du Code de commerce, car, si l'on se reporte aux travaux préparatoires, on apprend que Cambacérès aurait déclaré : « qu'à la vérité ce système (la prescription de l'article 64) ne peut convenir au cas où il y a faillite » (2). Si elle est ainsi historiquement exacte, il n'en reste pas moins que sur le plan de la logique juridique on ne lui voit guère d'explication. Aussi elle a été de bonne heure vivement critiquée (3).

198. — C'est probablement pour répondre aux reproches qui lui étaient faits que la Cour de cassation a tenté de la justifier dans son arrêt du 27 décembre 1905 (1). Selon elle la prescription quinquennale est inapplicable aux sociétés en faillite parce que celles-ci ne sont pas volontairement mises en liquidation et ne comprennent pas d'associé liquidateur au sens du texte de l'article 46.

(4) Cour d'appel d'Indochine, 21 févr. 1929 et Cass. req., 19 janv. 1921, S., 1921.I.326 ; — Paris, 12 mai 1939, S., 1940.II.5 ; — Aix-en-Provence, 13 mai 1946 et Cass. civ. 8 févr. 1949, S., 1949.I.100 ; — Paris, 2 févr. 1943, J.C.P., 1943.2364 et Cass. civ., S.C.F., 14 janv. 1952, Bull. cass., 1952.II, n° 20, p. 15.

(5) J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n° 671 ; — RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, n° 1154 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 492.

N° 197. (1) Cass. civ., 23 mai 1853, S., 1895.I.483 ; — Paris, 30 janv. 1889, R.S., 1889.248 ; — Trib. com. Seine, 14 mars 1890, R.S., 1890.390 ; — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1896, J.S., 1897.94 ; — Cass. civ., 28 janv. 1894, S., 1895.I.499, note Wahl ; D., 1894.I.519 ; — Cass. civ., 27 déc. 1905, S., 1912.I.377, D., 1908.I.145, note Percerou ; — Lyon, 20 janv. 1932, D.H., 1932.171.

(2) LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVII, p. 277, Paris, 30 janv. 1889, précité.

(3) BAUDRY et WAHL, *De la société, du prêt, du dépôt*, 2^e édition, n° 1187 ; — LACOUR et BOUTEROU, *Précis de droit commercial*, 1^{re} édition, n° 376.

N° 198. (1) Cass. civ., 27 déc. 1905, S., 1912.I.377 ; D., 1908.I.145, note Percerou.

C'est là un raisonnement surprenant. Il se concilie mal avec les positions adoptées par la Cour suprême sur d'autres questions, et il est d'une bien faible valeur juridique. En effet le premier argument sur lequel repose cette démonstration conduit nécessairement à refuser la prescription quinquennale à toutes les sociétés dont la dissolution a été obligatoire (2).

Ainsi celles qui auront été dissoutes par la réduction du nombre des associés au-dessous du minimum qui est fixé par la loi ou par la disparition accidentelle de leur objet, demeureront soumises au droit commun parce qu'elles ne sont pas entrées de leur plein gré en liquidation. Or il est bien certain que ces conséquences sont absolument en contradiction avec la large extension donnée à l'article 46 par la Cour de cassation elle-même. Elles sont en outre inacceptables en pratique. De plus cet argument n'est pas probant, car la société faillie a fort bien pu se dissoudre volontairement avant que sa faillite ne soit déclarée ; et dans l'hypothèse inverse elle a eu certainement la possibilité de se mettre de son propre gré en liquidation, puisqu'il est de principe que la faillite n'est pas une cause inévitable de dissolution (3).

D'autre part on ne peut pas affirmer qu'une société en faillite n'a pas de liquidateur. La nomination du syndic ne fait pas en effet disparaître celui-ci (4). Enfin il est illogique d'exiger ici la présence d'un liquidateur, alors que par ailleurs on soutient que celle-ci n'est pas nécessaire à l'application de l'article 46 (5).

199. — Devant la faiblesse de ces arguments quelques auteurs ont proposé d'autres explications (1). C'est ainsi qu'on a lancé l'idée selon laquelle l'exclusion décidée par la Cour suprême reposerait sur une interversion de prescription. La prescription qui recommencerait à courir après la clôture de la faillite (2) ne serait pas la prescription quinquennale, mais celle du droit commun. Malheureusement ce système simple et clair ne peut être retenu, car il suppose que la production de leurs titres par les créanciers sociaux possède un effet nova-

(2) Voir *supra*, n° 22 et 48-3.

(3) Cass. civ., 9 mai 1854, S., 1854.I.673 ; — Lyon, 3 juill. 1862, S., 1863.II.139 ; — Paris, 12 juill. 1869, S., 1871.II.233 et 10 juill. 1894 ; S., 1896.II.57 ; — Bordeaux, 6 mars 1895, J.S., 1895.406 ; — Cass. civ., 3 avril 1895, J.S., 1895.300 ; — Cass. civ., 4 févr. 1896, D., 1897.I.217.

(4) Liquidateur et syndic coexistent : Cass. civ., 10 avril 1889, R.S., 1889.386 ; — Trib. com. Seine, 17 mars 1891, R.S., 1891.447. — Voir *supra*, n° 134.

(5) Voir *supra*, n° 195, note 1.

N° 199. (1) PERCELOU, note au Dalloz, 1908.I.145.

(2) La faillite interrompt la prescription : voir *infra*, n° 204 et 206.

toire, ce qui a toujours été nié par la jurisprudence (3). C'est pourquoi dans une note au recueil Dalloz de l'année 1908, M. Percerou a préféré voir dans la solution de la Cour de cassation une conséquence de l'absence de bonne foi des associés (4). Ceux-ci, étant avertis à la clôture de la faillite de l'étendue du passif social, ne seraient pas de bonne foi à opposer l'exception de prescription aux créanciers sociaux. Cette explication est ingénieuse, mais pour qu'elle soit exacte, il faut admettre que la prescription quinquennale repose sur une présomption de paiement ; sans quoi la bonne ou la mauvaise foi des associés seraient sans importance (5). Or comme on l'a vu précédemment elle a un tout autre fondement. En outre cette justification présente l'inconvénient de réduire presque à néant le domaine d'application de l'article 46, car le raisonnement exposé peut être repris à propos de la clôture de la liquidation. La reddition des comptes du liquidateur donne aussi aux associés une connaissance précise des dettes de la société.

Il vaut mieux, semble-t-il, considérer que l'exclusion de la prescription quinquennale résulte d'une antinomie entre son fondement et celui de la faillite. L'article 46 est en effet une mesure de faveur destinée à promouvoir la forme sociale de l'entreprise et à éviter une thésaurisation stérile de capitaux (6). Or la faillite a un caractère répressif. Elle a pour but de mettre fin aux activités malsaines de certains commerçants et d'assurer ainsi la régularité de la vie des affaires. La sévérité qui l'anime, s'accommode mal d'un adoucissement comme celui apporté par la prescription quinquennale. Si donc on désire conserver toute son efficacité à cette institution protectrice de la moralité commerciale, il importe de lui donner la préférence et d'écarter l'application de l'article 46 chaque fois que la société dissoute sera également faillie.

(3) Cass. req., 7 avril 1857, S., 1857.I.527 ; — Cass. civ., 5 janv. 1864, D., 1864.I.41 ; — Cass. req., 14 juill. 1879, S., 1880.I.21 ; — Cass. req., 27 mai 1889, S., 1889.I.325 ; — Cass. civ., 26 mars 1941, S., 1942.I.83 ; — J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 1952, Sirey, p. 1064.

(4) Voir *supra*, note 1.

(5) Voir *supra*, n° 192.

(6) Voir *supra*, n° 192.

Section III

Du point de départ de la prescription de l'article 46
du Code de commerce

200. — La détermination du point de départ de la prescription quinquennale constitue probablement la plus grosse des difficultés que l'interprétation de l'article 46 a fait surgir. La rédaction défectueuse de cette disposition est en effet encore plus gênante ici que dans d'autres domaines. C'est pourquoi il importe d'en rappeler l'essentiel : « Toutes actions contre les associés non liquidateurs ... sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux ... articles 55 à 65 de la loi du 24 juillet 1867 ... ».

A prendre ce texte au pied de la lettre on pourrait croire que, quelle que soit la date à laquelle la dissolution est publiée, la prescription court dès le jour où les associés ont décidé de mettre fin à la société. La jurisprudence n'a pourtant pas partagé ce point de vue. Elle a considéré qu'il y aurait là pour les associés un moyen trop facile d'éluder leurs engagements, car il leur suffirait pour se soustraire aux poursuites des créanciers sociaux, de dissoudre la société en cachette et de ne porter leur décision à la connaissance des tiers qu'une fois les cinq ans écoulés. Aussi fixe-t-elle le point de départ de la prescription quinquennale au moment où la dissolution a reçu la publicité requise par la loi du 24 juillet 1867 (1). Si celle-ci n'a pas été accomplie, les associés ne peuvent se prévaloir de l'article 46, et ce quand bien même les créanciers sociaux auraient appris d'une manière détournée que la société allait entrer en liquidation (2). La solution inverse serait en effet génératrice de multiples et délicates contestations sur la connaissance que peuvent avoir les tiers de la dissolution.

Ce système comporte une exception en ce qui concerne les actions dirigées contre un ex-associé, car sous peine de rendre celui-ci plus longuement responsable que ses coassociés, on doit nécessairement faire courir la prescription du jour où sa

N° 200. (1) Cass. req., 21 juill. 1835, S., 1836.I.121 ; — Cass. civ., 24 nov. 1845, S., 1846.I.133 et 19 janv. 1859 ; S., 1860.I.565 ; — Cass. req., 7 janv. 1873, D., 1874.I.470 ; S., 1873.I.433 et 19 avril 1893 ; D., 1893.I.417, S., 1894.I.289 ; — Rouen, 30 juill. 1895, *J.S.*, 1895.317 ; — Aix-en-Provence, 6 févr. 1912, *J.S.*, 1914.28 ; — Cass. civ., 19 janv. 1921, S., 1921.I.326 ; — Rennes, 3 mars 1930, S., 1931.II.138.

(2) Cass. req., 19 avril 1893 précité ; — Rouen, 30 juin 1895, précité ; — Aix-en-Provence, 6 févr. 1897, précité.

retraite a été publiée (3). Celle-ci pouvant d'ailleurs être assimilée à une dissolution partielle, cette exception se justifie parfaitement.

201. — Toutes ces précisions n'épuisent cependant pas le problème, car les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 qui réglementent la publicité de la dissolution, sont susceptibles d'interprétations différentes.

Selon l'article 61 de cette loi (1), il doit être fait dépôt au Greffe du Tribunal de commerce des « actes et délibérations ayant pour objet la dissolution avant terme des sociétés commerciales » (2).

Au premier abord ce texte ne paraît pas soulever de grosses difficultés. Puisqu'il ne fait de réserves qu'à l'égard des sociétés dissoutes par l'expiration du temps pour lequel elles ont été conclues, il faut décider que toutes les autres causes de dissolution doivent être publiées et que la prescription de l'article 46 ne courra que du jour de cette publication. Il n'y a que dans le cas d'une dissolution par survenance du terme que son point de départ sera avancé jusqu'à la date de la dissolution. Dans cette hypothèse l'absence de publicité n'entraîne pas de grands inconvénients puisque les créanciers sociaux sont avertis par les statuts de la durée de la société.

Malheureusement cette interprétation a été notablement dépassée par la jurisprudence. Raisonnant toujours *a contrario* mais d'une manière très extensive, celle-ci a voulu voir dans l'exception faite par le législateur en faveur des sociétés dissoutes par l'arrivée du terme, le principe d'une règle générale dispensant de toute publicité les sociétés qui sont obligées de se dissoudre. L'échéance du terme, étant selon elle, une cause de dissolution involontaire, il faut lui assimiler les autres causes de dissolution qui sont elles aussi involontaires : réalisation de l'objet social, perte du fonds de la société, décès, faillite ou interdiction d'un associé. Dans tous ces cas il n'est pas nécessaire de publier la dissolution, et par conséquent la prescription quinquennale doit courir dès le jour de la dissolution (3).

Ce système est très discutable. Il tend à multiplier le nombre

(3) Cass. req., 7 janv. 1830, *Répertoire Dalloz*, Sociétés, n° 1077 ; — Rouen, 19 juin 1909, S., 1911.II.65, note Wahl ; — Dijon, 8 août 1916 et Cass. civ., 27 mai 1921, S., 1921.I.257.

N° 201. (1) Dans sa rédaction originelle.

(2) Ce texte prévoit la même mesure en cas de retrait d'un associé.

(3) Trib. com. Seine, 24 mai 1889, R.S., 1889 ; — Cass. civ., 16 mars 1897, S., 1901.122 ; — LACOUR BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 1^{er} édition, nos 373 et 376 ; — DOLBEAU, *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e édition, 1925, p. 237.

des situations dans lesquelles la prescription s'écoule sans que les créanciers sociaux en aient réellement connaissance. D'autre part l'analyse qui est faite des causes volontaires et involontaires de dissolution, est sujette à caution. On a démontré au début de cet ouvrage (4) que le terme n'entraîne pas obligatoirement la dissolution. Dès lors toute la construction s'écroule, car si le terme n'est pas une cause involontaire de dissolution, on ne voit guère pour quelles raisons il faut lui assimiler des hypothèses qui, autrement ne présentent avec lui aucun lien. En outre cette interprétation semble même contraire à la lettre de l'article 61. En effet celui-ci impose la publicité non seulement des délibérations mais aussi des actes de dissolution. Or quel que soit le caractère de la cause de dissolution, même si elle est involontaire et s'il n'y a par conséquent pas d'intérêt pour les associés de délibérer, il y a nécessairement lieu à la rédaction d'un acte de dissolution.

Le décret-loi du 30 octobre 1935 ayant modifié l'article 61, on put espérer un moment la disparition de cette regrettable conception. Le nouveau texte ordonnait outre le dépôt au Greffe du Tribunal de commerce de « tous actes et délibérations constatant la dissolution de la société avant terme », la publication de la nullité et de la dissolution de la société dans un journal d'annonces légales. Contre toute attente ce dangereux système se maintint. Une grande partie de la doctrine lui demeurerait très favorable (5). Il faut croire d'ailleurs qu'il renfermait en lui-même une certaine force de persuasion puisque le législateur s'est à son tour déclaré convaincu. A l'article 5, alinéa 11, du décret du 6 janvier 1951 (6), on peut lire en effet que « la dissolution volontaire de la société » doit être publiée au registre du commerce. C'est là une confirmation indirecte mais certaine de la distinction établie par la jurisprudence.

Pourtant cette confirmation ne paraît avoir été que temporaire. Il semble que le législateur soit revenu sur sa première opinion, car la manière dont il a réformé le texte de l'article 46 du Code de commerce (7), condamne implicitement l'erreur jurisprudentielle :

« Toutes actions contre les associés non liquidateurs ... sont

(4) Voir *supra*, nos 22 et 48-3.

(5) BONNECARRÈRE, *Précis de droit commercial*, 2^e édition, 1936, p. 288 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, p. 581. — Certains auteurs se prononçaient cependant contre lui : PERCEU, *Cours de droit commercial*, polycopié, 1939-1940, p. 329 ; — HAMONIC, *Cours de droit commercial*, 3^e édition, p. 178.

(6) Décret n° 5437 sur le Registre du commerce

(7) Décret n° 55.653 du 20 mai 1955, art. 66. L'article 64 devient par ce décret l'article 46 du Code de commerce.

prescrites cinq ans après la publication de la dissolution de la société conformément aux dispositions du titre IV du présent livre et des textes pris pour son application ... ».

La nouvelle rédaction met indiscutablement l'accent sur la publicité de la dissolution. Il n'est plus dit que la prescription quinquennale court dès la décision de dissolution si celle-ci a été publiée, mais qu'elle part de la publication de la dissolution.

C'est pourquoi la première interprétation qui a été proposée pour l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867, paraît devoir maintenant s'imposer. Seules les sociétés dissoutes par l'arrivée du terme pourront échapper à la publicité. Dans toutes les autres hypothèses il faudra publier la dissolution, et la prescription quinquennale ne commencera à s'écouler que le jour de cette publication (8).

202. — Cette solution doit cependant être modifiée à l'égard des créanciers à terme, conditionnels, et de ceux qui ont traité avec la société après sa dissolution. Sous peine de les frustrer de leurs droits, il faut ici respecter l'adage *Actioni non natae non currit praescriptio*.

En ce qui concerne les créanciers à terme et sous condition, on appliquera l'article 2257 du Code civil qui ne fait courir la prescription qu'après l'expiration du terme ou la réalisation de la condition suspensive (1).

Le choix du point de départ de la prescription est par contre plus délicat lorsqu'il s'agit de créanciers postérieurs à la dissolution (2). On peut hésiter entre la date de la naissance de l'obligation, celle de la clôture de la liquidation et celle du partage. Un certain nombre d'auteurs penchent en faveur de l'une ou l'autre des deux dernières (3). Cette opinion est cependant critiquable, car ces dates sont imprécises. La clôture de la liquidation et le partage n'étant pas soumis à publicité, il sera difficile pour les créanciers sociaux de connaître le moment exact où la prescription quinquennale commence à s'écouler. En outre on doit remarquer qu'il y a une inélégance juridique

(8) Certains auteurs se sont déjà ralliés à cette conception : J. MOLIERAC, *Manuel des Sociétés*, 1956, Dalloz, t. I, p. 195 et s.

N° 202. (1) LYON-CAEN, RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, t. 2, vol. 1, n° 444 ; — DOLBEAU, *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e édition, p. 238 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 493. — Les travaux préparatoires du Code de commerce sont d'ailleurs en ce sens : Voir LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVII, p. 272.

(2) Voir *supra*, n°s 57 et s.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* à la note 1, n° 441 *bis* ; — DOLBEAU, *op. cit.* à la note 1, p. 238 ; — HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édition, t., n° 294 *in fine*, p. 332.

à faire partir une prescription opposable aux créanciers sociaux de faits qui leur sont en eux-mêmes inopposables (4). C'est pourquoi il est bien préférable de prendre comme point de départ la date de la naissance de l'obligation. Cette solution leur est peut-être moins favorable, mais elle est plus juridique. Elle est d'ailleurs adoptée par une partie de la doctrine (5).

Section IV

Interruption et suspension de la prescription de l'article 46 du Code de commerce

203. — Le législateur est resté à ce sujet à peu près muet. Il s'est contenté de déclarer que la prescription est interrompue par les poursuites judiciaires. Quant à la suspension il n'y a fait aucune allusion.

§ 1. De l'interruption

204. — Bien que l'article 46 ne prévoit ainsi que les poursuites judiciaires comme causes d'interruption de la prescription quinquennale, la jurisprudence n'a pas hésité à le compléter par les articles 2244 et 2248 du Code civil. Elle estime que la saisie, le commandement de payer et la reconnaissance de dette expresse ou tacite ont également un effet interruptif (1). Ce sont là des solutions qui se justifient parfaitement puisque ces articles sont des dispositions d'ordre général qui régissent toutes les matières. Pour la même raison la faillite de la société interrompt aussi la prescription (2).

Toutefois si les Cours et les Tribunaux se montrent compréhensifs, il y a lieu de remarquer qu'ils apprécient strictement les termes de poursuites judiciaires ou de commandement de payer. Une assignation en référé, des pourparlers ou de simples démarches ne peuvent pas leur être assimilées (3). De

(4) Voir *supra*, n°s 155 et s.

(5) PIC et KREHER, *Des Sociétés commerciales*, 3^e édition, t. I, n° 665 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 493. N° 204. (1) Cass. civ., 19 janv. 1859, S., 1860.I.565 ; — Bordeaux, 1^{er} mars 1889, S., 1892.II.76 ; D., 1880.II.90 ; — Rennes, 3 mars 1930, S., 1931.II.138.

(2) Orléans, 11 mars 1861, D., 1861.II.96 ; — Paris, 30 janv. 1884, R.S., 1889.249 ; — Trib. com. Seine, 21 avril 1886, R.S., 1886.399 ; — LABBÉ, note au *Journal du Palais*, 1862, p. 689.

(3) Assignation en référé : Cass. civ., 5 juin 1883, D., 1883.I.373 ; — Paris, 16 juill. 1903, D., 1904.II.392. — Pourparlers : Cass. req., 10 mai 1876, D., 1875.V.113.

même le protêt qui n'est qu'une sommation et non pas un commandement, n'interrompt pas la prescription (4). Par contre la reconnaissance de dette est entendue assez largement. Elle peut résulter d'un paiement partiel (5).

205. — Comme en droit commun le temps écoulé antérieurement à l'interruption est perdu pour le calcul de la prescription. Cet effet se produit non seulement en ce qui concerne l'associé poursuivi mais encore à l'égard de tous les associés (1). Cela est une des conséquences de la solidarité qui règne entre eux (2). La jurisprudence donne même cette solution pour les actions dirigées contre le liquidateur (3). Toutefois cette extension est critiquable, car celui-ci n'est pas le mandataire des associés mais celui de la société. Il ne saurait donc valablement les représenter.

206. — Une fois la cause d'interruption disparue, la prescription quinquennale recommence à courir. Il n'y a pas d'interversion de la prescription (1).

Les textes que l'on a quelquefois proposés pour appuyer une telle solution sont en effet inapplicables ici. L'article 179 du Code de commerce qui attribue un effet novatoire au jugement de condamnation après des poursuites judiciaires ainsi qu'à la reconnaissance de dette par acte séparé, est une disposition particulière concernant les actions résultant de la lettre de change (2) et qui ne peut être étendue en dehors du domaine cambiaire. Il en est de même pour l'article 2274 du Code civil qui donne également un effet novatoire à la reconnaissance par écrit de la dette avec mention de son chiffre. Cet article qui figure dans une section intitulée « de quelques prescriptions particulières », est uniquement relatif aux courtes prescriptions de moins de deux ans qui reposent sur une idée de présomption de paiement. Son caractère spécial et le fon-

(4) Cass. civ., 16 nov. 1853, D., 1854.I.326 ; — Rouen, 3 janv. 1900, D., 1900.II.502.

(5) Cass. req., 18 juin 1912, S., 1912.I.377.

N° 205. (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4^e édition, t. 2, vol. 1, n° 443 bis.

(2) Voir *supra*, n° 181.

(3) Paris, 10 nov. 1836, FUZIER-HERMANN, *Répertoire alphabétique de Doctrine et de Jurisprudence*, Sociétés, n° 1079 ; — Cass. civ., 15 janv. 1859, S., 1860.I.516.

N° 206. (1) « ... que celle-ci (la prescription) a recommencé à courir, qu'abrégee dès son origine, elle est restée soumise aux mêmes règles de durée. Cass. req., 18 juin 1912, S., 1912.I.377.

(2) Elles-mêmes gouvernées par une prescription spéciale de trois ans.

dement très différent de la prescription de l'article 46 du Code de commerce ne permettent pas de l'invoquer ici (3).

On a parfois affirmé qu'il y a néanmoins interversion lorsque l'interruption de la prescription est due à l'ouverture de la faillite de la société. Cela est une erreur. Comme on l'a montré précédemment la faillite sociale n'interrompt pas seulement la prescription, elle écarte définitivement l'application de la prescription quinquennale. Il n'y a pas de novation entraînant une interversion, mais disparition des conditions d'application de l'article 46.

§ 2. — *De la suspension*

207. — L'article 46 ne renfermant aucun détail sur cette question, on peut se demander si la prescription quinquennale court contre les mineurs et les interdits. Un certain nombre d'auteurs se référant à une décision de jurisprudence qui semble d'ailleurs unique en la matière, se prononcent pour l'affirmative (1). Ils invoquent une raison d'ordre pratique : la sécurité de la vie commerciale. Il ne faut pas, dit l'un d'eux (2), « qu'une minorité vienne troubler le fonctionnement des sociétés ». En outre ils font remarquer que cette solution se justifie parfaitement sur le plan juridique puisqu'elle est consacrée par l'article 2278 du Code civil relatif aux courtes prescriptions.

208. — Cette opinion paraît cependant inexacte. Ce texte est ici inapplicable. La manière dont il est rédigé indique bien qu'il ne concerne que les courtes prescriptions de la section où il se trouve : « les prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente section, courent contre les mineurs et les interdits ... ». D'autre part les prescriptions qu'il envisage reposent sur des idées très différentes de celle qui est la base de la prescription quinquennale. Une présomption de paiement ou le désir du législateur d'éviter l'accumulation de termes impayés dans le cas de dettes à caractère périodique en sont le plus souvent le fondement. Elles n'ont aucun point commun avec

(3) Voir *supra*, n° 192 ; — HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 493.

N° 207. (1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4^e édition, t. 2, vol. I, n° 444 ; — J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n° 673 ; — Trib. com. Havre, 20 juill. 1896 ; — FUZIER-HERMANN, *Répertoire alphabétique de Doctrine et de Jurisprudence*, Société, n° 657.

(2) PERCEROU, *Cours de droit commercial* (polycopié), 1939-1940, p. 345.

celle de l'article 46 du Code de commerce et la disposition qui les gouverne ne peut régir cette dernière (1).

Par ailleurs il faut observer que les motifs qui ont fait écarter la suspension de la prescription dans les hypothèses visées par l'article 2278, ne seraient pas ici pertinents. Les prescriptions des articles 2271 à 2273 du Code civil courent contre le mineur et l'interdit parce qu'il s'agit en l'occurrence de créances d'ordre professionnel, c'est-à-dire de salaires, d'honoraires ou de fournitures. Si on laisse des incapables exercer une profession, il est en effet légitime de leur imposer d'en respecter les règles (2). Quant à la prescription de l'article 2277, ce n'est qu'une survivance de l'ancien droit qui interdit de la suspendre à leur profit. Le contrat de rentes viagères qu'elle concerne, était au xvi^e siècle si mal vu (3) que les tribunaux de l'époque n'osaient pas recevoir l'action des mineurs ou des interdits une fois le délai de prescription écoulé (4). La disposition de l'article 2278 s'explique donc par des raisons bien spéciales qui ne semblent guère convenir à la prescription quinquennale.

209. — Cette solution ne pourrait se justifier que si l'on pouvait voir dans l'article 46 du Code de commerce, non pas une prescription, mais un simple délai préfix. Celui-ci étant par nature insusceptible de suspension, la question serait résolue d'une façon indiscutable. Mais ce serait encore là une erreur. S'il en était ainsi ce texte n'aurait pas donné un effet interruptif aux poursuites judiciaires, car comme l'a écrit justement Josserand : « les délais préfix fonctionnent comme le couperet d'une guillotine, sans égard pour aucune considération » (1).

C'est pourquoi, bien que cela présente peut-être quelques inconvénients pour la sécurité commerciale, il faut admettre que les créanciers sociaux mineurs ou interdits seront recevables à agir contre les associés malgré l'écoulement des cinq ans.

N° 208. (1) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 493 ;

— C. LABBÉ, thèse Lille, 1909, p. 185.

(2) H. MAZEAUD, *Cours de droit civil* (polycopié), 1949-1950, p. 981.

(3) L'ordonnance de 1510 le qualifie d'« odieux ».

(4) POTHIER, *Constitution de rentes*, n° 139.

N° 209. (1) JOSSERAND, *Traité de droit positif français*, 3^e édition, 1938, t. II, n° 1006.

Titre II

Du recours des créanciers sociaux contre le liquidateur

210. — Bien que la jurisprudence ait organisé d'une manière assez satisfaisante le secours des créanciers sociaux contre les associés puisque son caractère direct et la solidarité qui lie les associés lui confèrent une grande efficacité, il peut encore arriver que les créanciers sociaux ne puissent se faire payer. Les associés sont insolvable, ou les biens et les deniers qu'ils détiennent indûment se révèlent insuffisants pour éteindre les dettes de la société.

Il convient alors de rechercher si en dehors de celle-ci et des associés, il n'y a pas d'autres personnes susceptibles d'être responsables du passif social. Dans ce but on peut tout d'abord songer aux anciens dirigeants de l'être moral. Il est en effet possible d'agir contre eux s'ils se sont rendus coupables de quelques fautes de gestion. Les sociétés mères, sœurs ou filles pourront être également poursuivies lorsqu'elles n'ont pas une existence personnelle et indépendante (1). Il suffit de rétablir la vérité et de démontrer que l'actif qui se trouve entre leurs mains, n'est qu'une fraction du patrimoine de la société en liquidation.

Mais toutes ces hypothèses ne sont pas spéciales aux sociétés dissoutes, car elles se présentent aussi durant la vie active de l'être moral. Il y a lieu d'appliquer simplement le droit commun. C'est pourquoi elles ne feront pas ici l'objet d'un examen particulier.

N° 210. (1) Cass. req., 10 déc. 1878, D., 1879.I.5 ; — Cass. req., 20 nov. 1922, S., 1926.I.305 ; — Cass. req., 13 mai 1929, D., 1930.I.128 ; S., 1929.I.289, note Rousseau ; — Cass. req., 19 juin 1929, S., 1930.I.176 ; — Cass. civ., 7 janv. 1946, D., 1946.132.

La situation du liquidateur mérite par contre une étude détaillée. En principe il n'est pas tenu des obligations qu'il contracte au nom de la société. On doit toutefois préciser à quelles conditions il en est ainsi. D'autre part il faut aussi envisager le cas où sa conduite lèse d'une manière quelconque les droits des créanciers sociaux et déterminer dans quelle mesure il peut être déclaré responsable du préjudice qu'il leur cause.

CHAPITRE PREMIER

DU PRINCIPE SELON LEQUEL LE LIQUIDATEUR N'EST PAS TENU DES OBLIGATIONS QU'IL CONTRACTE AU NOM DE LA SOCIÉTÉ

211. — Le liquidateur n'étant qu'un simple mandataire de la société, ne contracte pour lui-même aucune obligation (1). Si ce principe est certain, puisqu'il résulte directement des règles du mandat, son application est parfois délicate. C'est ainsi que la situation du liquidateur d'une société de personnes, et celle du commanditaire, lorsqu'il est chargé de la liquidation, soulèvent quelques difficultés.

Section I

De la condition du liquidateur d'une société de personnes

212. — La liquidation d'une société peut être fort longue. Pendant tout le temps que nécessitent ses opérations il est indispensable de continuer l'exploitation du fonds de commerce social, car une fermeture même temporaire entraînerait rapidement une dépréciation complète (1).

L'être moral conservant ainsi une certaine activité, on peut se demander si son liquidateur, dans le cas d'une société de personnes, ne doit pas être assimilé à un gérant indéfiniment

N° 211. (1) Lyon, 29 juill. 1852, D., 1854.II.101 ; — Trib. com. Dijon, 21 janv. 1861, D., 1862.II.94 en note ; — Cass. civ., 23 mars 1886, S., 1890.I.398. — Principe repris par le projet de Réforme du Code de commerce et du Droit des Sociétés. Voir *Travaux de la Commission de Réforme*, t. 4, 1952, p.600 : « les liquidateurs ne contractent du fait de leurs fonctions aucune responsabilité personnelle ou solidaire à raison des engagements qu'ils ont pris au nom de la société en liquidation... » (Séance du 8 févr. 1952).

N° 212. (1) Voir *supra*, n°s 59 et s.

responsable. Il en présente en effet l'apparence, et c'est pour cela que la Cour de Paris l'a, à deux reprises, déclaré responsable du passif social : « Considérant ... que la société en commandite pour l'exploitation de l'entreprise dite de l'Hydrotherme ayant été dissoute, Délépine et Durcier ont été nommés liquidateurs de ladite société ... qu'ils ont été investis des pouvoirs les plus généraux non seulement pour procéder à la liquidation de ladite société, mais encore pour en continuer les opérations jusqu'à la vente et parfaite liquidation de l'établissement, qu'en consentant à se livrer d'une manière indéterminée à de nouveaux actes de commerce pour la continuation des affaires de la société, ils ne sont pas restés vis-à-vis des tiers dans les conditions de simples mandataires, mais sont devenus de véritables gérants, responsables et solidaires pour tous les engagements par eux contractés ... » (2).

213. — La doctrine de cet arrêt ne peut cependant être approuvée, car la solution à laquelle elle conduit, comporte un très gros inconvénient pour les associés. Elle les empêche de trouver un tiers qui accepte de se charger de la liquidation. Le montant des honoraires usuellement perçus par les liquidateurs n'est en effet qu'une médiocre contrepartie à la responsabilité indéfinie qui risque de peser sur eux. A cela on peut certes répondre qu'il appartient aux associés d'effectuer eux-mêmes les opérations de la liquidation. Etant déjà tenus d'une façon illimitée, puisqu'associés en nom, cela n'entraînera pour eux aucun danger supplémentaire. Mais si cet argument est exact, il n'est pas toujours pertinent. Ainsi dans le cas d'une société dissoute par la mort de son gérant, il arrive souvent que l'associé survivant, peu au courant des affaires, soit absolument incapable d'en opérer la liquidation. Dans toutes les situations de ce genre le recours aux services d'un tiers est une nécessité impérieuse.

D'autre part cette solution est presque en contradiction avec les arrêts qui déclarent que le liquidateur simple mandataire de la société ne saurait être tenu des engagements de celle-ci. En effet la décision de la Cour de Paris a une portée beaucoup plus générale qu'on ne pourrait le croire au premier abord. L'hypothèse sur laquelle elle a statué, n'est pas particulière. Il y a presque toujours lieu de continuer l'exploitation du fonds social. Bien rares sont les sociétés qui ont la possibilité de se liquider si rapidement que l'on puisse sans dommage le fermer.

(2) Paris, 26 mars 1840, S., 1840.II.357 ; D., 1840.II.186. — Voir aussi : Paris, 18 avril 1841, D., 1841.II.182 ; *Journal du Palais*, p. 619 ; — RIGAL, *Caractères et pouvoirs du liquidateur d'une société commerciale*, p. 82.

L'espèce qui lui a été soumise est donc tellement fréquente que le principe de l'irresponsabilité du liquidateur fait alors figure d'exception.

Enfin l'arrêt semble lui-même mal fondé. Il repose tout entier sur deux affirmations qui sont inexactes. Le liquidateur dit la Cour de Paris, s'est donné l'apparence d'un gérant. Mais cela reste à démontrer, car, pour que l'on puisse faire appel dans ce cas à la théorie de l'apparence, il faudrait que rien ne vienne contredire cette apparence trompeuse susceptible d'engendrer dans l'esprit des tiers une erreur commune. Or ici les créanciers qui ont traité avec la société après sa dissolution ont été avertis par la publicité donnée à cette dernière de la situation réelle de l'être moral. Ils ont su que l'ancien gérant était remplacé par un liquidateur irresponsable. Par ailleurs ils ne sauraient prétendre que la continuation des affaires sociales a renversé leur conviction, car c'est là une nécessité qu'un commerçant avisé ne peut ignorer. D'autre part, au contraire de ce qui paraît résulter de cet arrêt, la qualité de gérant n'entraîne pas automatiquement la charge du passif social. Il n'en est ainsi que lorsqu'il est en même temps associé en nom. Mais si cela n'est pas, la jurisprudence dominante n'hésite pas à déclarer qu'il n'est nullement tenu des dettes de la société (1). Dès lors le liquidateur n'étant pas associé en nom, on ne saurait lui attribuer la responsabilité du passif social.

214. — C'est sans doute pour ces raisons que près d'un demi-siècle plus tard la Cour de cassation a implicitement condamné cette jurisprudence. La Chambre des requêtes dans un arrêt du 3 mai 1880 rendu sur des circonstances identiques, a en effet refusé aux créanciers sociaux le droit de poursuivre le liquidateur, car, dit-elle, celui-ci n'est qu'un simple mandataire (1).

Si la décision de la Cour de Paris ne peut être retenue, son examen n'aura pas été cependant inutile. Il a souligné fort à propos l'existence de la théorie de l'apparence ; et, si les conditions s'en trouvent réunies, il pourra y être fait appel. C'est ainsi que dans le cas où la publicité de la dissolution aura été omise, le liquidateur sera sans aucun doute tenu des dettes de

N° 213. (1) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954, t. I, n° 464. Le gérant non associé ne peut être tenu que si sa véritable qualité n'a pas été publiée, Paris, 3 mars 1831, S., 1831.II.93. — Il en est de même s'il a commis l'imprudence de faire figurer son nom dans la raison sociale : Bordeaux, 17 nov. 1873, D., 1875.II.82 ; — Douai, 2 mars 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.II.961, *J.S.*, 1934, p. 228.

N° 214. (1) Cass. req., 3 mai 1880, D., 1881.I.72, *J.S.*, 1881, p. 682. Dans le même sens : PONT, *Commentaire, Traité des sociétés civiles et commerciales*, 1872-1880, t. 2, n° 1962.

la société. Dans cette hypothèse les créanciers sociaux auront pu légitimement croire qu'ils avaient affaire à un gérant indéfiniment responsable. Cet argument sera péremptoire, et il ne servira à rien d'y répondre que le liquidateur, n'étant pas associé en nom, ne saurait être assimilé à un gérant responsable. En l'absence d'une publicité informant les tiers du fait que le gérant n'est pas associé, celui-ci est considéré par la jurisprudence comme ayant la charge du passif social. C'est en effet là une situation peu courante, et si l'on désire s'en prévaloir, elle doit auparavant avoir été portée à la connaissance des tiers (2).

Pour toutes ces raisons le liquidateur qui ne veut pas être obligé de payer le passif social, devra prendre quelques précautions. Pour cela il vérifiera si les formalités de la publicité prescrite par la loi ont été accomplies, et il agira prudemment en ajoutant la mention « en liquidation » à la raison sociale de la société. C'est d'ailleurs là une obligation que les législations étrangères lui imposent souvent (3).

Section II

Du commanditaire liquidateur

215. — Lorsque le liquidateur désigné est un associé commanditaire, il importe de déterminer s'il peut exercer ses fonctions sans encourir la charge du passif social. Celle-ci est en effet la sanction de toute immixtion d'un commanditaire dans les affaires de la société (1).

En faveur de son irresponsabilité on cite fréquemment un jugement du Tribunal civil de la Seine du 14 novembre 1827 qui fut confirmé par la Cour de Paris (2). En fait ces décisions ne correspondent pas au problème posé. Il s'agissait bien de commanditaires liquidateurs mais ceux-ci n'avaient pas véritablement accompli des actes d'immixtion dans la gestion de la société dissoute. Ils n'avaient fait que prendre des mesures conservatoires, recevoir, examiner et régler les comptes des opérations antérieures à la dissolution. On s'appuie également assez souvent sur un arrêt de la Cour de Dijon du 20 janvier 1842 (3). Celui-ci ne peut cependant être invoqué car il résout

(2) Paris, 3 mars 1831, S., 1831.II.93 ; D., 1831.II.99.

(3) Allemagne : § 210, al. 4 de la loi du 30 janv. 1937, art. 153 du Code de commerce de 1897 ; — Belgique : art. 178, al. 2 des lois coordonnées du 30 oct. 1935.

N° 215. (1) Art. 27 et 28 du Code de commerce.

(2) Trib. civ. Seine, 14 nov. 1827 et Cour de Paris, 23 févr. 1829, S., 1829.II.204.

(3) Dijon, 20 janv. 1842, S., 1843.I.404. — Le pourvoi formé contre cette décision fut rejeté par la Chambre des Requêtes le 26 déc. 1842. — On

la difficulté par un argument qui aujourd'hui n'a plus aucune valeur. Il déclare en effet que les créanciers sociaux ne sauraient agir contre le commanditaire liquidateur pour la raison que la disparition de l'être moral et l'apparition d'une indivision qui sont les conséquences de la dissolution, excluent l'application de règles faites pour la société en commandite. De même on ne peut rien tirer de deux autres arrêts, l'un de la Chambre des requêtes du 9 janvier 1888 (4), et l'autre de la Cour de Limoges du 28 janvier 1898 (5). Les commanditaires poursuivis s'étaient bornés à céder l'actif de la société dissoute à une autre société en la chargeant d'effectuer la liquidation. De plus cette opération avait été le fait de l'ensemble des commanditaires, en sorte qu'il était possible d'y voir non pas un acte de liquidation mais une simple délibération de l'assemblée des associés statuant sur la manière de réaliser le patrimoine social.

216. — Les circonstances de l'affaire des Verreries d'Epinaç paraissent au contraire beaucoup plus pertinentes. Les commanditaires désignés comme liquidateurs ne s'étaient pas limités à recevoir des comptes ou à aliéner des éléments d'actif, ils avaient en outre accompli des opérations commerciales et des achats de fournitures pour maintenir en activité le fonds de commerce social et éviter ainsi sa dépréciation. Ils pouvaient donc au premier abord passer pour s'être immiscés dans la gestion de la société.

Telle ne fut pas pourtant l'opinion du Tribunal de commerce d'Autun, de la Cour de Dijon et de la Chambre des requêtes qui eurent successivement à statuer sur cette espèce (1). Ces juridictions déboutèrent les créanciers sociaux en faisant remarquer que les commanditaires s'étaient constamment présentés à eux en qualité de liquidateurs et qu'ils ne pouvaient y avoir ainsi d'acte d'immixtion.

Ces décisions sont plus intéressantes que les précédentes en ce sens que les données du litige sur lequel elles ont été rendues, correspondent bien au problème posé. Toutefois leur valeur juridique n'est pas certaine, car on ne voit guère pourquoi le fait d'agir en qualité de liquidateurs permet aux commandi-

ne peut cependant rien déduire de l'arrêt de la Cour suprême, car elle s'est bornée à déclarer que le commanditaire ne pouvait être responsable du passif puisque les juges de fond avaient souverainement constaté qu'il n'y avait pas immixtion.

(4) Cass. req., 9 janv. 1888, D., 1889.I.201 ; S., 1890.I.121.

(5) Limoges, 28 janv. 1898, D., 1899.II.353.

N° 216. (1) Trib. com. Autun, 26 juin 1841 ; — Cour de Dijon, 11 janv. 1842 ; — Cass. req., 17 avril 1843, S., 1843.I.595.

taires de faire des opérations qui durant la vie active de la société auraient été considérées comme la manifestation de leur ingérence dans les affaires de celle-ci.

217. — Pour comprendre l'argument employé par ces juridictions il faut rappeler ici les raisons qui ont animé le législateur lorsqu'il a édicté la prohibition d'immixtion des articles 27 et 28 du Code de commerce. Son dessein a été d'éviter que les tiers puissent être induits en erreur sur la qualité de la personne avec laquelle ils traitent. Il a voulu empêcher que des commanditaires, dont la fortune est considérable, ne soient pris pour des associés en nom indéfiniment responsables du passif social, ce qui conférerait à la société un crédit purement factice.

C'est là la seule justification de cette interdiction, et lorsqu'il n'y a aucun risque de confusion dans l'esprit des tiers, on doit décider que les commanditaires peuvent sans inconvénient participer à la gestion de la société. C'est pourquoi dans les charges d'agents de change, les coassociés de l'officier ministériel ont le droit d'entrer en rapport avec la clientèle sans encourir la responsabilité des dettes de la société (1). Les tiers sont en effet parfaitement au courant de ce que seul le titulaire de la charge peut être tenu sans limitation des obligations contractées.

Pour la même raison il faut permettre aux commanditaires d'exercer les fonctions de liquidateur sans être pour autant immédiatement chargés du passif social. La publicité de la dissolution les avertissant de la véritable situation de la société, les tiers ne peuvent ignorer que le gérant indéfiniment responsable est remplacé par un liquidateur simple mandataire de la société et nullement tenu des engagements de celle-ci. De plus si en contractant au nom de la société celui-ci a toujours pris soin de bien préciser sa qualité de liquidateur, il est certain qu'aucune confusion ne peut se produire (2).

218. — Contre cette argumentation on pourrait peut-être tenter de faire valoir qu'elle conduit à autoriser les commandi-

N° 217. (1) Cass. civ., 21 déc. 1863, D., 1864.I.229 ; 16 août 1864, S., 1865.I.33 ; 9 janv. 1893, R.S., 1893.265 ; 10 juill. 1900, S., 1901.I.173 ; — Lyon, 12 nov. 1925, R.S., 1926.239 ; — L. MAZEAUD, *Cours de droit commercial* (polycopié), 1955-1956, p. 603 et 604.

(2) Le Tribunal de commerce d'Autun, la Cour de Dijon et la Chambre des Requêtes n'ont utilisé dans leurs décisions précitées que ce dernier argument. La publicité des dissolutions était si rudimentaire à cette époque, cela se passait avant la loi du 24 juillet 1867, que la conduite du liquidateur était le seul élément déterminant pour l'opinion des tiers.

taires à s'immiscer dans la gestion de la société même durant sa vie active. On peut en effet soutenir que par la publicité donnée aux statuts de celle-ci, les tiers ont la possibilité d'apprendre quelle est l'étendue de la responsabilité de chacun des associés, et que dès lors aucun trouble ne saurait survenir dans leur esprit.

Cela ne serait pourtant pas exact. La coexistence de deux types d'associés gérant, les uns indéfiniment tenus et les autres simplement responsables sur le montant de leurs apports, serait susceptible d'engendrer des confusions. Il y aurait toujours le risque que les associés soient pris les uns pour les autres, et que par une erreur d'identité le crédit d'un commanditaire ne bénéficie à des associés en nom dont la surface financière est peut-être très réduite. Au contraire dans le cas d'une société dissoute aucun danger de ce genre ne peut se présenter. Les tiers savent qu'après la dissolution il n'y a plus que un ou plusieurs liquidateurs et que ceux-ci simples mandataires de la société ne sont pas tenus de ses engagements. La fortune personnelle des dirigeants de l'être moral ne peut plus être une preuve de la solvabilité de ce dernier puisqu'aucun d'entre eux n'est responsable des dettes sociales.

Section III

Situation du liquidateur lorsqu'il est indéfiniment tenu

219. — Lorsque le liquidateur a laissé se créer dans l'esprit des tiers une confusion sur sa véritable qualité, il peut être poursuivi en paiement du passif social (1). La question se pose alors de savoir s'il peut être mis en faillite.

S'il fait sa profession habituelle de la liquidation des sociétés, cela est certain, car il est alors commerçant (2). S'il n'en est pas ainsi, il est au contraire permis d'hésiter.

La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce problème, et la doctrine ne s'y est pas intéressée. Aussi il n'est pour le moment possible que de proposer une solution provisoire.

Il semble que celle-ci doit être affirmative. Puisqu'on s'appuie sur la théorie de l'apparence pour autoriser l'action des créanciers sociaux, il faut l'appliquer dans toutes ses conséquences et admettre l'ouverture de la faillite du liquidateur bien que celui-ci ne soit pas en réalité un commerçant et qu'il n'ait fait qu'en prendre la silhouette.

N° 219. (1) Hypothèses des deux sections précédentes.

(2) Il peut en effet être assimilé à un agent d'affaires.

CHAPITRE II

DE LA RESPONSABILITE DU LIQUIDATEUR ENVERS LES CREANCIERS SOCIAUX

220. — En dehors des hypothèses spéciales qui ont été examinées au chapitre précédent, le liquidateur n'est pas de droit commun responsable envers les créanciers sociaux. Pour que ceux-ci puissent agir contre lui, il faut qu'il ait commis une faute et que celle-ci soit en relation de cause à effet avec un préjudice.

Cette faute peut être une infraction à la loi civile ou à la loi pénale. Dans ce dernier cas les poursuites engagées par le Ministère public faciliteront le recours des créanciers sociaux qui auront alors la possibilité de se porter partie civile.

Cette responsabilité pénale du liquidateur n'offre aucune particularité remarquable (1). Il n'existe pas en effet de dispositions qui lui soient spéciales. C'est pourquoi on appliquera ici les textes du droit commun qui sont relatifs aux délits habituels des dirigeants de sociétés, tels que l'abus de confiance, l'escroquerie, le recel, le faux et l'usage de faux, l'abus de blanc-seing, l'agiotage, le trafic de fonctions ou l'action illicite sur le marché. De même on pourra faire également usage de la réglementation propre aux sociétés puisque dans celle-ci le législateur n'a pas seulement visé les gérants ou les administrateurs mais d'une manière générale tous les mandataires sociaux (2). Il y a lieu toutefois d'observer que le champ des activités prohibées du liquidateur sera plus restreint et moins varié que

N° 220. (1) Sur la responsabilité pénale du liquidateur, voir : TALANDIER, *Des liquidations amiables de sociétés. Responsabilité civile et pénale des liquidateurs* thèse, Paris, 1949.

(2) On appliquera ainsi les textes qui concernent : la publicité, le bilan, la distribution de dividendes fictifs, l'usage frauduleux des biens ou du crédit de la société, la tenue et le vote des assemblées générales, la faillite et la banqueroute simple ou frauduleuse.

celui d'un gérant ou d'un administrateur. La société n'ayant plus maintenant qu'une vie réduite et orientée vers sa disparition, il y a peu de chances que l'on rencontre des délits tels que ceux qui ont trait aux augmentations de capital.

221. — La responsabilité civile du liquidateur est une matière par contre beaucoup plus délicate et qui mérite une étude particulière.

Deux voies différentes s'offrent aux créanciers sociaux impayés. Ils peuvent soit reprendre l'action de la société, leur débitrice, si celle-ci a également subi un préjudice de par la conduite du liquidateur, soit agir directement contre celui-ci.

Section I

Du recours des créanciers sociaux par la voie oblique

222. — Puisque ce sont les droits de l'être moral qui sont ici utilisés, le problème posé est avant tout celui de la responsabilité du liquidateur envers la société. Les créanciers sociaux n'ont pas par eux-mêmes de conditions particulières à remplir. Ils doivent simplement apporter la preuve de ce qu'ils ont intérêt à employer l'action de leur débitrice. Pour cela il leur suffit de démontrer que celle-ci est insolvable et n'a pas les moyens d'acquitter leurs créances.

223. — Le liquidateur étant lié à la société par un contrat de mandat, c'est celui-ci qui précise et délimite ses obligations. Sa responsabilité est donc d'ordre contractuel. Il en est ainsi même lorsqu'il a violé une disposition légale comme celle relative au délai pendant lequel il doit déposer le bilan de l'être moral (1). Le législateur en lui imposant cette obligation, l'a incluse par là même dans son mandat. Ainsi que l'a dit Demogue : « sont fautes contractuelles celles qui résultent de la violation des clauses du contrat, et en outre, celles qui résultent de la violation de la loi qui donne au contrat tel ou tel effet » (2).

224. — 1. Comme pour toute action en responsabilité, il est indispensable de prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien de cause à effet entre celui-ci et une faute du liquidateur.

N° 223. (1) Art. 1 du décr. du 20 mai 1955.

(2) *Revue trimestrielle de Droit civil* 1923, p. 657. — Voir H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 1949, n° 1878-6, p. 712.

De ces trois éléments, il n'y a que le dernier qui soulève quelques difficultés. En ce qui concerne le préjudice il faut simplement observer qu'il doit nécessairement être survenu dans la personne de la société puisque c'est au nom de celle-ci que les créanciers sociaux exercent leurs poursuites. Cela écarte donc toutes les hypothèses où ces derniers ont été les seuls à souffrir de la conduite des affaires sociales. Quant au lien de cause à effet, il ne présente ici aucune particularité remarquable.

224. — 2. Le troisième élément, la faute, mérite plus de détails. Il ne suffit pas en effet de dire que le liquidateur s'étant obligé comme tout mandataire à la diligence d'un bon père de famille (1), répond de sa faute légère (2) ; il faut aussi déterminer les cas dans lesquels il peut être considéré comme ayant commis une faute.

Lorsqu'il n'a pas exécuté une obligation déterminée prévue dans son contrat, le problème est immédiatement résolu. C'est ce qui se produit par exemple quand il n'a pas déposé en temps voulu le bilan de la société (3). Il s'agit là d'une obligation légale (4), intégrée dans son mandat, et dont il est facile de constater l'existence et la violation. Malheureusement une telle situation est rare, car le plus souvent le liquidateur, comme tous les mandataires sociaux, ne promet pas un résultat défini et précis ; il s'engage simplement à apporter ses soins diligents et prudents à la liquidation de la société. Il ne souscrit qu'une obligation de moyen. C'est pourquoi sa responsabilité ne peut être déterminée *a priori*. Il faut dans chaque cas comparer sa conduite à celle qu'aurait eu un individu avisé, placé dans les mêmes circonstances et exerçant comme lui la profession de liquidateur (5).

S'il est ainsi impossible de dresser à l'avance une liste des hypothèses dans lesquelles le liquidateur se trouve avoir commis une faute, on peut cependant, par l'étude de la jurisprudence, se faire une idée des principales obligations qui pèsent sur lui, et dont l'inexécution constitue une faute. L'examen des décisions judiciaires, qui sont d'ailleurs assez rares, permet de constater rapidement que sa responsabilité est semblable à

N° 224-2. (1) Cass. req., 21 janv. 1890, D., 1891.I.380.

(2) Lyon, 29 juill. 1852, D., 1854.II.101 ; — Cass. civ., 30 avril 1873, D., 1875.I.32 ; — Cass. civ., 5 nov. 1873, D., 1873.I.454 ; — Cette faute sera appréciée *in abstracto* si le mandat est salarié, et *in concreto* s'il est gratuit. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 223, note 2. t. I, n° 706.19, p. 675, note D., 1891.I.380.

(3) Paris, 17 mai 1888, R.S., 1889.124.

(4) Art. I du décr. du 20 mai 1955.

(5) Si toutefois il s'agit d'un liquidateur professionnel.

celle d'un gérant ou d'un administrateur. Cela n'est pas étonnant puisqu'il est aussi un mandataire social (6). La seule différence réside dans ceci que sa mission n'est pas orientée vers la recherche de bénéfices, et a pour but unique l'accomplissement de la liquidation.

Comme tous les dirigeants de sociétés, il doit veiller à la bonne conservation de l'actif social, faire rentrer les créances, interrompre les prescriptions en cours, ou renouveler les hypothèques sur les immeubles des débiteurs de la société (7). De plus afin que les détournements de biens sociaux puissent être facilement dépistés, il est tenu de faire un inventaire au moment de son entrée en fonction (8). On ne lui impose pas toutefois de se faire assister par un notaire (9).

Outre ces obligations de gestion, il lui faut aussi rendre compte de son mandat. Lorsque la liquidation s'effectue rapidement une seule reddition de comptes est nécessaire ; elle a lieu au moment de la clôture. Si au contraire la liquidation risque de se prolonger, il est indispensable qu'il remette au moins une fois par an aux associés des rapports et des bilans provisoires (10). Dans les sociétés par actions il est inutile que ceux-ci soient soumis aux commissaires aux comptes (11), puisque les pouvoirs de ces derniers cessent avec la décision de dissolution.

225. — Les devoirs du liquidateur présentant ainsi une grande analogie avec ceux d'un gérant ou d'un administrateur, on pourrait penser que les créanciers sociaux sont efficacement protégés contre ses fautes. Ce n'est là cependant qu'une apparence. Ce recours par la voie oblique est très fragile, un quitus remis au liquidateur par les associés (1) suffit à l'éteindre définitivement. Ceux-ci sont en effet les seuls qui puissent au nom de la société le désigner et lui donner décharge de sa mission.

(6) C'est pourquoi l'al. 3 du § 209 de la loi allemande sur les sociétés par actions (loi du 30 janv. 1937) énumère seulement quelques-unes des obligations du liquidateur, et renvoie pour le reste aux textes relatifs à la « Direction ».

(7) Cass. civ., 21 nov. 1893, S., 1896.I.13 ; D., 1894.I.269.

(8) Amiens, 23 déc. 1899, *Recueil d'Amiens*, 1899.259.

(9) Trib. com. Seine, 11 nov. 1887, R.S., 1888.165 ; — Cass. civ., 30 nov. 1892, D., 1894.I.83 et 30 juin 1896, J.S., 1896.400.

(10) Trib. com. Seine, 3 févr. 1888, J.S., 1889.2 ; — Cass. civ., 20 juill. 1897 ; D., 1898.I.241. Ces comptes ne sont dus qu'à l'ensemble des associés, c'est-à-dire à la société, et non pas à un seul associé : Laon, 24 févr. 1898, J.S., 1898.29.

(11) Trib. com. Seine, 19 mars 1894, R.S., 1894.453 ; — Paris, 28 juin 1895, J.S., 1895.429 ; R.S., 1895.612 ; — Cass. civ., 20 juill. 1897 ; D., 1898.I.241.

Les créanciers sociaux n'ont pas le pouvoir de passer outre ce quitus, car ils ne font qu'utiliser les droits de leur débiteur qui est l'être moral. Il n'en serait autrement que si la reddition des comptes avait eu lieu sur des rapports mensongers ou sur de fausses pièces. Dans ce cas le consentement des associés personnifiant la société aurait été vicié, et serait par suite dépourvu d'effet (2).

Mais en dehors de cette hypothèse le liquidateur est à l'abri des poursuites des créanciers sociaux, et ceci même lorsque sa faute consiste dans une violation de la loi. Une certaine jurisprudence, rendue à propos des administrateurs, avait certes décidé autrefois qu'une décharge remise dans ces conditions était aux yeux des tiers sans valeur, parce que l'ordre public s'oppose en ce cas à toute renonciation à une action en responsabilité (3). Mais cette jurisprudence est mal fondée, car si les sanctions pénales et civiles attachées à l'infraction considérée sont bien d'ordre public, il ne s'ensuit pas pour autant que la responsabilité civile encourue pour la violation d'une obligation légale soit elle-même d'ordre public. Bien qu'y touchant de fort près, elle n'en revêt pas le caractère (4).

226. — La voie oblique ne permet pas seulement aux créanciers sociaux d'agir du chef de la société, ils peuvent aussi utiliser les droits des associés. Si ceux-ci se sont emparés indûment de certains éléments du patrimoine social, ils deviennent en effet leurs débiteurs (1). Toutefois cet autre recours n'est signalé ici que pour mémoire, il n'a que très rarement une portée pratique. Il suppose un préjudice personnel à l'associé au nom duquel les créanciers sociaux poursuivent le liquidateur. Un tel préjudice a peu de chances de se réaliser au cours de la liquidation, car la faute du liquidateur engendre le plus souvent un dommage propre à la société, c'est-à-dire commun à tous les associés. Pour que l'un d'entre eux puisse se plaindre à titre personnel, il faut des circonstances particulières, par exemple une inégalité commise dans le partage anticipé du patrimoine social (2). D'autre part ce recours des créanciers sociaux, lors-

(2) Cass. civ., 13 nov. 1893, D., 1894.I.333 ; — Paris 26 mars 1911, J.S., 1912.445 ; — Lyon, 23 avril 1923, J.S., 1925.240.

(3) Lyon, 25 juill. 1936, *Moniteur judiciaire de Lyon* du 19 mars 1937 ; — Trib. com. Seine, 19 avril 1937 ; *Gazette des Tribunaux* du 20 juin 1938 ; — Cass. civ., 29 juill. 1941, *Gaz. Pal.*, 1941.II.286. Voir en outre les arrêts cités par HOUPIX et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 7^e éd., t. 2, n° 1372.

(5) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, 1950, n° 2536.

N° 226. (1) Voir *supra*, titre 1^{er}.

(2) Trib. com. Seine, 15 avril 1905, J.S., 1906.231.

qu'il peut être exercé, est d'une efficacité restreinte. Son montant est en effet limité aux biens et deniers sociaux que les associés se sont appropriés.

Section II

Du recours des créanciers sociaux par la voie directe

227. — Les créanciers sociaux peuvent aussi exercer leurs poursuites par la voie directe. Agissant de leur propre chef, ils ne risquent pas de se voir opposer l'exception du quitus (1). Cette deuxième forme de la responsabilité du liquidateur, qui est d'ordre délictuel puisque celui-ci n'est lié à eux par aucun contrat (2), soulève quelques difficultés.

228. — Tout d'abord il est possible d'hésiter quant à la nécessité de réparer le préjudice dont se plaignent les créanciers sociaux. On peut en effet être tenté de soutenir qu'ils ne le subissent que comme créanciers de la société, et que par conséquent il est indirect. Ce point de vue ne semble cependant pas exact, car les créanciers sociaux, à la différence des associés, ne font pas partie d'un groupement, ils ne sont pas membres de la société. Si la mauvaise gestion du liquidateur crée ou augmente avant tout l'insolvabilité de l'être moral, il n'est pas certain qu'elle n'entraîne pas pour eux un dommage personnel. Celui-ci ne survient peut-être que par ricochet, mais il n'est assurément pas indirect (1).

229. — 1. La nature de la faute n'offre pas de grandes particularités. Certes un arrêt assez ancien du Tribunal civil de la Seine (1) avait crû devoir déclarer que le liquidateur n'était tenu que de sa faute lourde envers les créanciers sociaux, mais c'est là une doctrine critiquable. En l'absence d'une disposition législative allégeant ainsi cette responsabilité, on ne peut que se référer au droit commun, c'est-à-dire à l'article 1382 du Code civil dont la généralité des termes : « Tout fait quel-

N° 227. (1) Cass. civ., 21 juill. 1920, D., 1921.I.137, note Lacour, S., 1921.I.316.

(2) Cass. civ., 14 mars 1882, D., 1882.I.41 ; — 14 mai 1980, S., 1892.I.484 ; — Amiens, 20 janv. 1905, J.S., 1906.359 ; — Cass. req. 26 févr. 1934, J.S., 1937.97 ; — Cass. civ., S.C.F., 8 déc. 1952, J.S., 1955.297. Pour la Jurisprudence belge, voir : Cass. civ., 20 janv. 1898, Pas., 1898.I.72 ; — 12 nov. 1903, Pas., 1904.I.47.

N° 228. (1) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, 1949, n° 1878, p. 717 et 718.

N° 229-1. (1) Trib. civ. de la Seine, 13 juill. 1883, R.S., 1883.735.

conque ... », exclut toute limitation de ce genre. Comme par ailleurs il est impossible d'opérer une distinction entre la faute légère et très légère, il faut décider qu'une faute quelconque, appréciée *in abstracto*, engagera la responsabilité du liquidateur (2).

229. — 2. Par contre il est beaucoup plus difficile de déterminer quand le liquidateur commet cette faute. Lorsqu'il viole une disposition légale, il est sans aucun doute responsable. C'est ce qui se produit dans le cas où il retarde par des expédients le dépôt du bilan de la société (1). Il en est de même s'il fait des paiements sujets à restitution (2). Dans l'une ou l'autre de ces deux hypothèses il a contrevenu aux textes relatifs à la faillite.

Mais en dehors de ces situations qui sont malgré tout particulières, il est difficile de se prononcer sur sa responsabilité, car pour qu'il y ait faute, il est nécessaire qu'il se soit abstenu d'exécuter une obligation. Il faut donc qu'au départ une obligation lui ait été imposée. Or de prime abord il n'est pas certain qu'il soit tenu de gérer le patrimoine social dans l'intérêt des créanciers sociaux. Il n'a pris cet engagement qu'à l'égard de la société (3).

Le même problème s'est d'ailleurs posé pour les administrateurs au lendemain de la loi du 24 juillet 1867. A la fin du siècle dernier, certains auteurs repoussaient en effet l'action des créanciers sociaux pour faute de gestion, en faisant remarquer que les administrateurs, n'étant pas leurs mandataires, n'avaient contracté envers eux aucune obligation (4).

Cet argument n'avait cependant pas prévalu, ni en jurisprudence ni en doctrine (5 et 6) car si l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 ne fait que renvoyer au droit commun pour la détermination de leur responsabilité, il souligne par contre qu'ils sont responsables à l'égard des tiers de leurs fautes de gestion :

« Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des in-

(2) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 228, note 1, t. 1, 1948, n° 418 à 423.

N° 229-2. (1) Paris, 17 mai 1888, *R.S.*, 1889.125 ; — Trib. com. Seine, 25 mars 1888, *R.S.*, 1888.33 ; — Rouen, 22 déc. 1937, *Recueil du Havre*, 1938.II.153.

(2) Rouen, 25 juill. 1887. *R.S.*, 1887.491.

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, 5^e éd., t. 2, vol. 1, n° 395, p. 392.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, 1^{re} éd. t. 2, vol. 1, n° 824 *bis*, voir aussi : F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, Sirey, 1906, t. 2, n° 558, p. 24.

fractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion ... ».

Malheureusement il n'existe aucun texte de ce genre en ce qui concerne le liquidateur. C'est pourquoi la doctrine est restée très vague à son sujet. Elle se borne le plus souvent à déclarer qu'il peut encourir une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle envers les créanciers sociaux dont il compromet les intérêts (7). Beaucoup d'auteurs se contentent ainsi de formules vagues et générales, et hésitent à affirmer que le liquidateur est responsable de ses fautes de gestion.

Leur attitude est d'ailleurs fort compréhensible car la jurisprudence paraît plutôt hostile à l'idée d'une telle responsabilité. Il semble qu'elle se refuse ici à accomplir le pas qu'elle a fait à propos des administrateurs : « que le liquidateur nommé pour en diriger les opérations (de la liquidation), même alors qu'il l'est par justice, devient le mandataire exclusif de la société, qu'en cette qualité il n'est chargé de liquider que dans l'intérêt unique des associés (c'est-à-dire de la société) qu'il ne représente pas les créanciers sociaux et n'a reçu aucune mission de les protéger et de les défendre ... » (8).

Si donc le liquidateur n'est pas tenu de conduire la gestion de la société dans l'intérêt des créanciers sociaux, il ne saurait être responsable à leur égard des fautes qu'il commet dans celle-ci.

230. — C'est là cependant une position bien dangereuse, car elle laisse la porte ouverte à toutes les fraudes. Libre de toute entrave le liquidateur a alors le champ libre pour échafauder les combinaisons les plus subtiles qui lui permettront de détourner le gage des créanciers sociaux. Aussi un auteur assez ancien, Arthuys (1), a essayé de démontrer l'existence d'un principe général de responsabilité du liquidateur envers les créanciers sociaux en s'appuyant sur le fait que la jurisprudence le rend responsable de la répartition anticipée de l'actif social entre les associés (2).

(5) Cass. req., 13 janv. 1869, S., 1869.1209 ; — Cass., 18 mai 1887, S., 188.1.109 — Paris, 29 déc. 1934, S., 1935.II.65 ; — Cass. req., 25 févr. 1936, R.S., 1937.155 ; — Paris, 25 févr. 1943, S., 1943.II.33.

(6) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 7^e éd., n° 290.

(7) HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Dalloz, 1954, t. 1, n° 487.

(8) Douai, 26 juill. 1897, D., 1898.II.123.

N° 230. (1) *Traité des sociétés commerciales*, Sirey, 1906, t. 2, n° 770, p. 236..

(2) Cass. req., 24 nov. 1867, D., 1871.I.119 ; — 28 janv. 1884, S., 1886.I.465 ; — Cass. civ., 19 févr. 1890, D., 1890.I.241 ; S., 1890.I.319, 4 arrêts ; — 21 juill. 1920, S., 1921.I.316 ; — Cass. civ. SCF., 8 déc. 1952, J.S., 195.5.297.

Bien qu'elle soit assez peu répandue en doctrine cette théorie n'en est pas moins fondée. Si en effet la jurisprudence rend le liquidateur responsable à l'égard des créanciers sociaux des conséquences fâcheuses de la distribution de l'actif social avant l'extinction des dettes de la société c'est qu'elle considère qu'il a l'obligation générale de gérer la liquidation dans l'intérêt des tiers. Ce cas particulier de responsabilité n'est que la conséquence de sa responsabilité générale envers les créanciers sociaux.

L'arrêt de la Cour de Douai précédemment cité ne paraît d'ailleurs pas entièrement opposé à ce point de vue. Il insiste surtout sur le fait que le liquidateur n'est pas en principe le mandataire des créanciers sociaux. Il souligne que sans mandat de ceux-ci il n'est pas tenu de prendre en main la défense de leurs droits, c'est-à-dire de renouveler des hypothèques portant sur des immeubles sociaux ou d'interrompre une prescription. Il ne nie pas qu'il ait à leur égard une obligation de bien gérer la société.

Un arrêt récent de la Cour de cassation semble bien appuyer cette opinion :

« Bien qu'ils ne soient pas les mandataires des créanciers ... les liquidateurs n'en sont pas moins responsables vis-à-vis des tiers dans l'exécution de leur mandat... » (3).

Certes la solution exposée n'est pas confirmée d'une manière éclatante par cette décision puisque la formule « délits et quasi-délits » a été employée à la place de celle de « faute de gestion », mais elle paraît néanmoins résulter implicitement de la précision ajoutée par la Cour suprême « dans l'exécution de leur mandat ». C'est pourquoi l'on peut considérer que sur le plan du droit positif le liquidateur est soumis ici à une responsabilité qui est tout à fait analogue à celle d'un administrateur. C'est là une règle excellente et absolument nécessaire, car elle est la seule qui puisse empêcher les fraudes susceptibles de frustrer les créanciers sociaux de leurs droits. Il est en effet indispensable que l'individu qui a tous les pouvoirs sur ce qui constitue leur gage, ait en contrepartie une responsabilité assez stricte.

Cela est d'ailleurs conforme à la position qui a été adoptée par les membres de la Commission de Réforme du Code de commerce et du droit des sociétés (4). Les textes élaborés lors

(3) Cass. civ., S.C.F., 8 déc. 1952, *J.S.*, I.955.297. *Bull. cass.*, 1952, II^e partie, n° 381, p. 296.

(4) *Travaux de la Commission de Réforme du Code de commerce et du Droit des Sociétés*. t. 4, p. 600. Voir aussi la thèse de M. TALANDIER, *Des liquidations amiables de sociétés. Responsabilité civile et pénale des liquidateurs*, Paris, 1949.

de la séance du 8 février 1952 tendent en effet à assimiler la responsabilité du liquidateur à celle des administrateurs. L'article 17, alinéa 1, renvoie pour la prescription aux dispositions qui les concernent (5) et l'article 14, alinéa 1^{er} confirme indirectement l'existence de l'obligation du liquidateur d'exécuter son mandat dans l'intérêt des tiers :

« Les liquidateurs ne contractent du fait de leurs fonctions aucune responsabilité personnelle ou solidaire à raison des engagements qu'ils ont pris au nom de la société en liquidation et ne répondent que de l'exécution de leur mission » (6).

Lorsque le liquidateur s'est vu conférer par les créanciers sociaux le mandat de défendre leurs intérêts au cours de la liquidation, le nombre de ses obligations se trouve légèrement augmenté. Il est non seulement tenu à leur égard de bien gérer le patrimoine social, mais encore il doit prendre en main la défense de leurs intérêts, c'est-à-dire percevoir les sommes qui leur sont dues, interrompre les prescriptions en cours ou renouveler leurs hypothèques.

Cette situation particulière ne soulève aucune difficulté, car ce sont les règles du droit commun qui sont ici applicables. Il y a lieu simplement de noter que cette responsabilité est d'ordre contractuel et non pas délictuel puisque ses obligations sont déterminées par son mandat.

Section III

De l'exercice du recours des créanciers sociaux

231. — L'exercice du recours des créanciers sociaux ne pose pas de grands problèmes. Il y a simplement lieu de donner quelques détails sur des points particuliers, comme la solidarité qui unit des coliquidateurs et la prescription de l'action en responsabilité (1).

232. — Lorsqu'il y a plusieurs liquidateurs la question se pose immédiatement de savoir s'ils peuvent être poursuivis solidairement pour la faute commise par l'un d'entre eux. Pour

(5) Voir *supra*, note 4.

(6) Voir *supra*, note 4.

N° 231. (1) En ce qui concerne la compétence *ratione loci*, le tribunal qualifié pour connaître des actions dirigées contre le liquidateur, est évidemment celui du domicile de ce dernier. Pour la compétence *ratione materiae*, ce sera le tribunal civil ou le tribunal de commerce suivant que le liquidateur est un simple particulier ou un professionnel. Liège, 12 juill. 1901, *R.P.S.*, 1902-42, Bruxelles, 13 juill. 1910, *R.P.S.*, 1910.308.

y répondre il convient de distinguer la voie suivant laquelle les créanciers sociaux agissent.

Dans le cas de l'action oblique, on déclare souvent qu'il n'y a de solidarité entre les liquidateurs qu'autant que celle-ci a été stipulée formellement dans le mandat qui les lie à la société (1). Cette solution est cependant insuffisante car elle néglige un élément important qui est la profession des liquidateurs. Si ceux-ci sont des agents d'affaires qui ont pour activités habituelles de liquider les sociétés dissoutes, leur mandat est sans aucun doute de nature commerciale. On doit donc les considérer comme solidaires (2) puisqu'il est de principe qu'en matière commerciale la solidarité se présume. Dans l'hypothèse où ils ne sont au contraire que de simples particuliers qui ont été chargés occasionnellement de la liquidation, leur mandat reste civil, et, ainsi qu'on l'a déjà souligné, il ne peut y avoir de solidarité entre eux que si cela a été expressément prévu (3).

Lorsque les créanciers sociaux utilisent la voie directe les données du problème sont très différentes. Il importe peu que le mandat soit commercial ou civil et qu'il renferme une stipulation de solidarité. Il n'intervient pas en effet dans cette deuxième forme de la responsabilité des liquidateurs. Celle-ci est fondée uniquement sur la violation d'une obligation légale et sur les termes de l'article 1382 du Code civil. Dès lors, ainsi qu'il est de règle en matière délictuelle, il faut décider qu'il n'y a de solidarité qu'autant que les coliquidateurs se sont rendus coupables d'une faute commune (4). Cela risque d'ailleurs d'être fréquent puisque la jurisprudence estime que, sauf convention contraire, ils n'ont le droit d'agir que conjointement (5).

En ce qui concerne l'hypothèse de liquidateurs successifs et non plus de coliquidateurs, il n'y a pas en principe de solidarité. Ce n'est que dans le cas où il s'est produit une collusion entre eux que l'on peut les considérer comme tenus solidairement (6). Le concert frauduleux (7), la faute commune justifient alors cette solution.

N° 232. (1) DOLBEAU, *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e éd. 1925, p. 231. Jugement arbitral du 31 mars 1860, jurisprudence du port d'Anvers, 1860.I.103.

(2) H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 2, 1949, n° 1940, p. 780 note 4.

(3) A moins qu'ils ne se soient rendus coupables d'une faute commune : Cass. civ., 31 mars 1908, *Gazette des Tribunaux*, 1908.I.166.

(4) Bordeaux, 31 janv. 1895, *R.S.*, 1895.622.

(5) Cass. civ., 21 avril 1886, Dalloz, suppl. au répert. *Société*, n° 622 ; — Orléans, 8 mars 1905, *J.S.*, 1906.60 ; — Nîmes, 8 mai 1908, *J.S.*, 1910.63 ; — Nantes, 22 nov. 1911, *J.S.*, 1913.184 ; — Troyes, 30 nov. 1925.

(6) Cass. civ., 8 août 1849 ; *S.*, 1749.I.679, *D.*, 1849.I.309.

(7) Complicité dans la rédaction de faux bilans ou de rapports mensongers.

233. — La prescription des actions dirigées contre le liquidateur ne soulève aucune difficulté particulière. Quelle que soit la voie employée, oblique ou directe, c'est à la prescription trentenaire du droit commun que l'on doit recourir. En l'absence d'un texte précis, il n'est en effet guère possible d'appliquer la prescription triennale qui concerne les administrateurs (1), car elle est la contrepartie d'un système de responsabilité qui est très lourd et qui n'a pas ici son équivalent : absence d'effet libératoire du quitus, action sociale exercée *uti singuli*. Quant à la prescription quinquennale de l'article 46 du Code de commerce, elle ne vise que les associés non liquidateurs (2).

Pour qu'il en soit autrement, il faut supposer que la faute commise par le liquidateur a un caractère pénal. Dans ce cas, suivant qu'il s'agit d'un délit ou d'un crime, on utilise la prescription triennale ou décennale.

Si cette prescription court en principe dès le jour de la réalisation du préjudice, on doit cependant tenir compte du fait que le dommage, dû à la conduite du liquidateur, n'est pas toujours aperçu immédiatement. Les conséquences d'une mauvaise gestion de la liquidation n'apparaissent souvent qu'au moment où il est devenu évident que la société ne pourra pas payer ses créanciers. D'autre part lorsque ces derniers exercent leurs poursuites par la voie oblique, il leur est presque impossible de déceler le préjudice dont souffre l'être moral avant que celui-ci n'ait reçu les comptes du liquidateur (3). C'est pourquoi il est nécessaire de tempérer la solution présentée par l'application de la maxime : *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (4), et de décider à sa suite que suivant les circonstances le point de départ de la prescription peut se trouver reculé à une date bien postérieure à celle de la réalisation du dommage.

N° 233. (1) Art. 17 de la loi du 24 juill. 1867. *Contra* projet de Réforme du Code de commerce et du Droit des Sociétés, voir *supra*, n° 230, notes 4 et 5.

(2) Paris, 25 nov. 1904, *J.S.*, 1905.412 ; — Cass. civ., 27 mai 1914, *S.*, 1914.I.425 ; *D.*, 1921.I.121 ; — 29 janv. 1921, *Gazette des Sociétés*, 1922.8 ; — 8 févr. 1949, *S.*, 1949.I.100.

(3) Paris, 19 déc. 1914. *R.S.*, 1895. *Table Liquidation*, n° 4.

(4) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, à la 2 du n° 232, t. 3, 1950, n° 2420-4, p. 541.

Section IV

De la responsabilité du liquidateur
dans les droits positifs étrangers

234. — A l'étranger, au contraire de ce qui se passe en France, la responsabilité du liquidateur fait souvent l'objet de dispositions législatives spéciales, incluses dans la réglementation générale de la liquidation.

Les techniques juridiques employées sont fort diverses. La Belgique, l'Angleterre et l'Allemagne recourent chacune à un système particulier.

§ 1. *Le droit positif belge*

235. — Pendant presque tout le XIX^e siècle le droit belge a soumis le liquidateur à une responsabilité très légère, car les différents recours qu'il avait accordé aux créanciers sociaux, étaient d'une efficacité illusoire.

La voie oblique était close dès que les associés avaient voté le quitus, et la voie directe ne permettait d'atteindre que les infractions aux obligations légales. S'appuyant sur le fait que le liquidateur n'a souscrit aucun engagement envers les créanciers sociaux, la jurisprudence et la doctrine refusaient en effet de le rendre responsable devant eux de ses fautes de gestion (1).

Cependant devant les inconvénients et les dangers que présentait un pareil système, la nécessité d'une réforme finit par se faire sentir. Aussi lors de la grande refonte du droit des sociétés par les lois coordonnées du 18 mai 1873, une disposition spéciale (2) est venue modifier les conditions de la responsabilité délictuelle du liquidateur. Désormais celui-ci est tenu d'exécuter sa mission non seulement dans l'intérêt de la société mais aussi dans celui des tiers.

236. — L'économie des lois coordonnées de 1873 ayant été reprise par celles du 30 octobre 1935 (1), les créanciers sociaux ont maintenant des moyens sûrs d'obtenir la réparation du préjudice qu'ils subissent.

Le plus efficace est sans aucun doute le recours par la voie directe. Le liquidateur étant aujourd'hui débiteur envers eux

N^o 235. (1) J. M. MARX, *Manuel du liquidateur de sociétés commerciales* Bruxelles, 1935, p. 221. Voir aussi MASIUS, art. dans la *Belgique Judiciaire*, 1893, p. 1528.

(2) L'art. 161.

N^o 236. (1) L'art. 186, cette loi est une révision de celle de 1873.

d'une obligation de bien administrer le patrimoine de la société dissoute, ils ont le droit de lui reprocher ses fautes de gestion (2). En outre, puisqu'ils agissent de leur propre chef, tout quitus leur est inopposable (3). Toutefois, comme cette responsabilité est assez lourde, le législateur a cru devoir y apporter une mesure d'adoucissement par le moyen d'une prescription abrégée. L'action des créanciers sociaux est ainsi prescrite au bout d'un délai de cinq ans qui part du jour de l'accomplissement des faits délictueux ou de celui de leur découverte s'ils ont été cachés (4). Quant à la solidarité qui peut unir des coliquidateurs, il n'a rien été prévu de particulier ; aussi faut-il décider avec la jurisprudence que ceux-ci ne seront poursuivables que s'ils se sont rendus coupables d'une faute commune (5).

Le liquidateur étant maintenant directement responsable de ses fautes de gestion à l'égard des créanciers sociaux, la voie oblique a perdu beaucoup de son intérêt. Ses effets ne sont pas supérieurs et elle est aléatoire puisque le quitus voté par les associés suffit à l'éteindre définitivement. Il n'y a que sur le plan de la prescription qu'elle présente quelque avantage. Le droit commun demeure ici seul applicable, et l'action de la société contre le liquidateur n'est prescrite que par trente ans. En ce qui concerne la solidarité, celle-ci n'existe qu'autant que cela a été prévu dans le contrat de mandat, à moins que les coliquidateurs ne soient des professionnels, c'est-à-dire des commerçants, auquel cas elle est présumée.

§ 2. *Le droit positif anglais*

237. — En Angleterre les créanciers sociaux n'ont le droit d'exercer leurs poursuites qu'en leur propre nom, ils ne peuvent pas employer la voie oblique. L'action directe qui leur est reconnue est très particulière ; elle découle des principes de la responsabilité contractuelle et non pas délictuelle. Le liquidateur est en effet leur mandataire, et c'est en vertu des règles du mandat qu'ils doivent agir contre lui (1).

(2) Bruxelles, 11 janv. 1933, *R.P.S.*, 1933, n° 3328.

(3) Liège, 6 janv. 1911. *R.P.S.*, 1911, n° 2166, — Bruxelles, 3 déc. 1913, *R.P.S.*, 1914, n° 2374.

(4) Art. 194 des lois coordonnées du 30 oct. 1935. Les créanciers sociaux peuvent contrôler assez facilement la gestion du liquidateur, car celui-ci est tenu de publier chaque année un bilan dans le *Moniteur*. Voir L. FREDERICQ, *Traité de Droit commercial Belge*, édit. Fechey-Gand, t. 5, 1950, n° 751, p. 1049.

(5) Cass. civ., 22 janv. 1922, *R.P.S.*, 1922, n° 2475. Voir aussi jugement arbitral du 31 mars 1860. *Jurisprudence du Port d'Anvers*, 1860.I.103.

N° 237. (1) *Hutcheson. V. Eaton*, 1884.13 Queen's Bench. 861. Voir : *The principles of Company law*, par GRIFFITHS et TAYLOR, 5^e éd., 1950. Text books limited, 122 London Wall, Londres EC2, p. 429, n° 1.

Cette solution est au premier abord surprenante, mais elle s'explique parfaitement. Au moment où les grandes lignes du statut du liquidateur ont été tracées, la seule forme de liquidation connue était la « Winding up by the court », procédure judiciaire dans laquelle il occupait une position analogue à celle d'un syndic de faillite (2). D'autre part la liquidation, même amiable, possède ici un caractère collectif et organisé (3). Pour ces deux raisons le droit positif anglais permet aux créanciers sociaux d'intervenir dans la nomination du liquidateur, et le considère comme leur mandataire.

238. — 1. S'il n'existe pas de difficulté sur ce point, il y a cependant quelques controverses sur le degré de diligence que les créanciers sociaux sont en droit d'exiger du liquidateur. Certains auteurs prétendent qu'il n'est pas seulement responsable suivant la loi du mandat, « The law of agency », et qu'il faut l'assimiler à un « Trustee ». Ce personnage que l'on rencontre souvent dans la vie juridique anglaise est un débiteur d'une très grande diligence, et qui a des obligations beaucoup plus strictes que celles d'un simple mandataire.

On invoque en ce sens le fait qu'il a reçu une mission fiduciaire, une mission de confiance. Comme le trustee il est chargé de recueillir les éléments d'un patrimoine, de les administrer et de les conserver jusqu'à leur répartition entre les ayants-droit. A cela on ajoute fréquemment que la jurisprudence a tendance à leur reconnaître les mêmes devoirs puisqu'elle leur interdit à l'un et à l'autre d'acquérir pour leur compte personnel les biens qui sont sous leur garde, ou de toucher des bénéfices occultes dans les affaires qu'ils ont mandat de gérer (1).

Malgré ces arguments, cette solution ne l'a pas emporté. On a fait remarquer qu'il existe une différence importante entre la situation du liquidateur et celle du Trustee. Ce dernier détient les biens qui lui ont été confiés comme un véritable propriétaire. Il doit certes les restituer, mais, tant qu'ils sont entre ses mains, il a sur eux tous les droits d'un propriétaire. Au contraire le liquidateur n'a jamais à leur égard que les droits d'un mandataire, car la société en liquidation subsiste et conserve la propriété de son patrimoine. D'autre part la loi elle-même semble exclure une telle conception. Le législateur

(2) Voir *supra*, n° 140.

(3) L'ouverture de la liquidation amiable arrête les poursuites individuelles, même si elles ont reçu un début d'exécution : *Anglo Baltic and Mediterranean Bank .V. Barker and Co. limited*. 1924,2, Law Reports King's Bench, 410.

N° 238-1. (1) *Silkstone and Haig Moor coal. Co .V. Edey*, 1900.1, Law Reports, Chancery Division, 167.

qui a cru bon d'assimiler le syndic de faillite à un Trustee en le qualifiant de « Trustee in Bankruptcy », s'est bien gardé d'agir de même en ce qui concerne le liquidateur amiable, il lui a donné seulement le nom de *liquidator*.

Cependant la doctrine dominante hésite à voir dans le liquidateur un simple mandataire. La majorité des auteurs adoptent une position intermédiaire et considèrent que s'il n'est pas un véritable Trustee, il doit néanmoins apporter à la gestion du patrimoine social le haut degré de diligence que l'on est en droit d'attendre d'un Trustee (2).

238. — 2. La loi étant restée assez vague à ce sujet, la jurisprudence a dû, elle aussi, définir la condition du liquidateur.

Au premier abord elle ne semble pas apprécier sa conduite d'une manière très stricte. Les hypothèses dans lesquelles elle estime qu'il a commis une faute, sont proches de celles que l'on rencontre dans d'autres droits positifs étrangers. C'est ainsi qu'elle le rend responsable de la répartition de l'actif avant l'apurement du passif (1), d'une vente de biens sociaux au-dessous de leur valeur réelle (2), ou encore d'avoir touché des commissions indues ou des bénéfices occultes (3).

Mais ce n'est là qu'une apparence. Certaines espèces montrent bien qu'elle juge toujours sa gestion d'une façon très rigoureuse. Dans l'affaire de la *Windsor Steam Coal Company* notamment et dans celle de la *Home and Colonial Insurance* (4), elle a engagé sa responsabilité parce qu'il avait acquitté des créances dont la validité n'était pas absolument sûre. Ces deux arrêts sont d'autant plus intéressants que les créances en question n'étaient pas de prime abord douteuses. Il s'agissait d'un point de droit épineux, et il aurait fallu être bon juriste pour déceler leur nullité (5).

C'est donc un très haut degré de diligence qui est exigé du liquidateur. Sa conduite est appréciée d'une manière beaucoup plus sévère que celle d'un mandataire ordinaire ; et on peut

(2) Voir GRIFFITHS et TAYLOR, *op. cit.*, p. 429 ; — A. de Mello, Thèse, Paris, 1932, p. 384.

N° 238-2. (1) *Argyll's limited. V. Coxeter*, 1913.29. Times Law Reports, 355, et aussi de la répartition de dividendes fictifs : *Moxham. V. Grant*, 1900.I. Law Reports Queen's Bench, 88.

(2) *Joint Stock Discount Co. V. Brown*, 1869, 8 Eq. 381.

(3) *Metcalfe's Case* 1880.13, Law Reports Chancery Division 169 ; *Knowles. V. Scott*, 1891.I, Law Reports Chancery Division, 723.

(4) *Windsor Steam Coal Co.*, 1928.I ; Law Reports Chancery Division 609 ; — *Home and Colonial Insurance*, 1929 ; Weakly, notes 223.44, Times Law Reports, 658.

(5) C'est pourquoi quelques auteurs, GRIFFITHS et TAYLOR, *op. cit.*, p. 430, déclarent que le liquidateur qui ne voudrait courir aucun risque, devrait toujours prendre l'avis d'un solicitor avant de décider quoique ce soit.

dire qu'à la suite de la doctrine, la jurisprudence fait de lui un quasi Trustee.

§ 3. *Le droit positif allemand*

239. — En Allemagne la responsabilité du liquidateur ne fait pas l'objet de dispositions spéciales. Le paragraphe 209 de la loi du 30 janvier 1937 se contente de renvoyer à ce sujet aux paragraphes 70 et 84 qui concernent la direction c'est-à-dire le Président-Directeur général (1).

240. — Suivant ces textes les créanciers sociaux ne disposent que d'une action oblique. Ils n'ont pas le droit d'agir directement. Toutefois ce mode de recours est ici beaucoup moins aléatoire qu'en France, car le quitus qui a été remis au liquidateur leur est inopposable (1).

Quant au degré de diligence auquel celui-ci est tenu il ne semble pas tout d'abord très élevé. En dehors de certaines hypothèses comme celle de la répartition de l'actif avant l'apurement du passif, l'alinéa 5 du paragraphe 84 n'admet l'action des créanciers sociaux que si le liquidateur s'est rendu coupable « d'une violation flagrante de son obligation de diligence d'un Directeur d'entreprise bon et consciencieux ».

Ce n'est cependant là qu'une apparence ; il faut en effet remarquer que le droit allemand enserme les dirigeants de sociétés dans un réseau d'obligations légales tellement dense que cette condition a toutes les chances de se trouver fréquemment remplie.

D'autre part, il y a lieu d'observer que ce n'est pas aux créanciers sociaux d'établir la faute du liquidateur, c'est à celui-ci de démontrer que si sa conduite leur a causé un préjudice, elle n'en est pas pour autant répréhensible. Ce renversement de la charge de la preuve est pour eux fort avantageux, car il est toujours difficile de prouver un fait négatif (2).

La condition du liquidateur étant ainsi assez dure le législateur n'a pas voulu qu'il puisse être poursuivi pendant une

N° 239. (1) Il ne s'agit là que d'une approximation, car le statut de la direction comporte des différences sensibles avec celui du Président Directeur Général du droit positif français.

N° 240. (1) Al. 5 du § 84 de la loi du 30 janv. 1937.

(2) En outre le liquidateur est soumis à une responsabilité pénale très stricte. Les § 295, 297 et 301 de la loi du 30 janv. 1937 établissent des peines d'amende, de prison ou de réclusion pour des faits qui dans d'autres législations constituent tout juste un délit civil.

période trop longue. Au bout de cinq ans toute action dirigée contre lui est prescrite (3).

- (3) § 84, al. 6 de la loi du 30 janv. 1937, s'il y a plusieurs liquidateurs ils sont de plein droit solidaires, § 84, al. 2.

La législation suisse comporte des dispositions semblables à celles du droit allemand. L'action des créanciers sociaux est aussi une action oblique qui n'est pas paralysée par le quitus que les associés ont pu remettre au liquidateur, art. 756 du Code fédéral des obligations. Mais la charge de la preuve n'est pas renversée ; c'est aux créanciers sociaux de prouver la faute du liquidateur. Celui-ci est tenu de toutes les obligations que la loi ou son mandat lui imposent. Sa conduite est appréciée par référence à celle qu'aurait eue un autre liquidateur. La prescription est de cinq ans. Elle part du jour où le préjudice se révèle ; mais de toutes façons l'action est éteinte dix ans après la réalisation du fait dommageable — art. 760 du Code fédéral des obligations. Seule particularité : le tribunal compétent pour connaître des actions dirigées contre le liquidateur n'est pas celui de son domicile, mais celui du siège de la société. C'est la non seulement une mesure de faveur pour les créanciers sociaux mais aussi une règle destinée à assurer une bonne justice, car le tribunal qui a eu connaissance des litiges de la liquidation, est le plus qualifié pour juger la gestion du liquidateur (art. 761 du Code fédéral des obligations).

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude on ne peut faire autrement que de souligner le bel effort accompli par la jurisprudence. Presque sans appui législatif, celle-ci a réussi à organiser la liquidation des sociétés dissoutes d'une manière qui est assez satisfaisante pour la pratique courante.

Cependant ce succès n'est que limité, car en l'absence de textes précis, il y a des règles qu'il est impossible d'établir ; elles seraient sans fondement légal. C'est ce qui explique l'inexistence de mesures propres à assurer véritablement la sécurité des créanciers sociaux contre les dangers qui résultent des détournements de l'actif social, du caractère individuel du mode de règlement ou encore de l'extinction prématurée de leur recours par un partage anticipé du patrimoine de la société.

En outre il arrive parfois que le droit commun lui-même s'oppose à toute amélioration du régime actuel. Il en est ainsi pour la déchéance du terme dont bénéficie l'être moral. Tant que l'article 1188 du Code civil ne sera pas retouché, il demeurera difficile de soutenir que la dissolution est susceptible d'entraîner l'exigibilité de toutes les dettes de la société. De même le principe de la non-immixtion des tiers dans les affaires sociales fait obstacle à l'intervention des créanciers sociaux dans la nomination et la révocation du liquidateur.

C'est pourquoi toute réforme législative devra non seulement reprendre, mais aussi compléter les solutions dégagées par la jurisprudence.

242. — Toutefois le projet de réglementation qui tiendrait compte de ces observations, serait encore loin d'être parfait. Avant même de tenter d'en tracer les grandes lignes, il faut en effet prendre parti sur la façon dont il convient de concevoir la liquidation amiable des sociétés dissoutes.

Deux solutions sont possibles. Ainsi que l'ont fait la doctrine et la jurisprudence, on peut recourir tout d'abord à une procédure individuelle. Cela ne paraît pourtant pas être la meilleure méthode, car on ne voit guère comment dans un tel cadre il pourrait être porté remède aux plus gros des inconvénients du régime actuel. Pour protéger efficacement les créanciers sociaux, il faut sans aucun doute leur donner le droit d'intervenir dans la liquidation et d'en contrôler la gestion ; c'est le seul moyen d'éviter notamment des détournements du patrimoine social. Or des mesures de ce genre supposent presque inévitablement l'emploi d'une procédure collective et organisée du type de celle de la faillite. Mais cette deuxième solution n'est pas non plus idéale, car, si elle confère aux créanciers sociaux une sécurité bien supérieure, elle est aussi beaucoup plus coûteuse. C'est pourquoi on ne peut apporter une réponse unique à la question posée. On doit, semble-t-il, adapter la procédure employée à l'état dans lequel se trouvent les finances de l'être moral.

Lorsque celles-ci sont d'une importance indiscutable, il est inutile de faire appel à une organisation collective de la liquidation qui engendre des frais et des complications. Même si la conduite des affaires sociales laisse à désirer, il restera toujours suffisamment d'actif pour éteindre le passif. Dans ce cas les règles dégagées par la jurisprudence sont assez satisfaisantes.

Au contraire, si sans être au bord de la faillite, la société n'a qu'un bilan tout juste en équilibre, il est indispensable d'accorder aux créanciers sociaux des mesures de protection beaucoup plus efficaces. La plus minime dilapidation, les moindres erreurs de gestion risquent de compromettre irrémédiablement l'acquittement de leurs créances. Mais on doit assurer cette sécurité d'une manière peu coûteuse puisque par hypothèse le capital et les réserves sociales couvrent le passif avec une faible marge. Aussi il est impossible d'utiliser ici un système calqué sur celui de la faillite.

Pour que la liquidation amiable, mais collective et organisée, ne suscite pas trop de frais, il faut éviter d'employer les services du personnel judiciaire, et recourir uniquement aux créanciers sociaux eux-mêmes. Dans ce but on les fera participer avec les associés à la nomination du liquidateur et à la constitution d'un comité chargé de contrôler sa gestion et de fixer les modalités du paiement des dettes sociales qui sera effectué au marc le franc. Sans grandes dépenses ils jouiront ainsi d'une protection certaine.

La seule difficulté qui subsiste alors, est de définir les conditions dans lesquelles sera déterminé cet état financier de la

société qui commande le choix entre les deux procédures de liquidation. A l'imitation du droit positif anglais qui connaît un régime analogue (1), on peut laisser aux administrateurs ou aux gérants en exercice au moment de la dissolution le soin de faire un rapport circonstancié sur la situation de l'être moral. C'est une méthode simple et qui n'entraîne aucun frais ; elle est aussi très sûre si l'on veut bien prévoir des sanctions civiles et pénales rigoureuses pour ceux qui se rendraient coupables de fausses déclarations (2). Il est également possible de confier la même mission aux commissaires aux comptes. Cela n'est toutefois faisable que dans l'hypothèse d'une société par actions puisque seules les sociétés de ce type sont munies de tels organes de contrôle.

(1) Voir *supra*, n^{os} 140 et s.

(2) Voir *supra*, n^o 141-3.

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 1^{re} édit., Paris, Cosse. 1856.
— *Commentaire des lois sur les sociétés civiles et commerciales*, 1^{re} édit., Paris, Cosse, 1879.
- ARTHUYS. — *Traité des sociétés commerciales*, t. 2, Paris, Sirey, 1906.
- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français*, t. 4, 3^e édit., Cosse, 1856 ; — 4^e édit., Marchal et Billard, 1869.79.
- BAUDRY et WAHL. — *De la société, du prêt et du dépôt* (Traité théorique et pratique de Droit Civil), 2^e édit., 1907.
- H. BLAISE. — *L'apport en société*, Paris, Sirey, 1955.
- BONNEFOY. — *Le nouveau régime des faillites*, Paris, Sirey, 1958.
- BRAVARD VEYRIÈRES. — *Manuel de Droit Commercial*, Paris, Joubert, 1838 ; — B.V. et DEMANGEAT, *Traité de Droit Commercial*, t. 1, Paris, 1862.
- CARRÉ. — *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles*, t. I, Paris, Warée oncle, 1825.
— *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des Cours sur le code de procédure civile*, Rennes, Cousin Danelle, 1811, 1812.
- A. COHEN. — *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2^e édit., Paris, Sirey, 1948.
- COPPER-ROYER. — *Traité des sociétés anonymes*, 4^e édit., Paris, Dalloz, 1931.
- DELANGLE. — *De la société de commerce*, Paris, 1843.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, « Contrats et Obligations », t. 2, Paris, 1860.
- J. ESCARRA. — *Cours de Droit Commercial*, 2^e édit., Paris, Sirey, 1952 ; — J. E. et RAULT, *Traité théorique et pratique de Droit Commercial*, t. 3, « Les sociétés commerciales », Paris, Sirey, 1954.
- F. GÉNY. — *Science et technique en Droit privé positif*, t. 3, « Elaboration technique du Droit Positif », Paris, Sirey, 1921.
- HAMEL et LAGARDE. — *Traité de Droit Commercial*, Paris, Dalloz, 1954.
- HAMONIC. — *Cours de Droit Commercial*, 3^e édit., Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1946.
- HÉMARD. — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e édit. Paris, Sirey, 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édit., Paris, Sirey, 1927.
- JOSSERAND. — *Traité du Droit positif français*, 3^e édit., Paris, Sirey, 1938.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit Commercial*, 1^{re} édit., Paris, 1912, 2^e édit., Paris, 1920.

- H. LÉVY-BRUHL. — *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit Commercial*, 2^e édit., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1889-1899 ; — 5^e édit., revue par Amiaud, 1925.
- MALEPEYRE et JOURDAIN. — *Traité des sociétés commerciales*, Paris, 1833.
- H. MAZEAUD. — *Cours de Droit Civil*, Polycopié, 1949, 1950.
- L. MAZEAUD. — *Cours de Droit Commercial*, polycopié, 1955, 1956.
— *Cours de Droit Commercial complémentaire*, 1956, 1957.
- H. et L. MAZEAUD. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4^e édit., Paris, Sirey, 1948, 1950.
- J. MOLIÉRAC et ses fils. — *Manuel des sociétés*, t. I, Paris, Dalloz, 1956.
- PARDESSUS. — *Cours de Droit Commercial*, 1^{re} édit., Paris, 1814 ; — 2^e édit., Paris, 1821, 1822.
- PERCEROU. — *Cours de Droit Commercial* polycopié, 1939, 1940.
- PERCEROU et DESSERTAUX. — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, « Collection Thaller », t. 3, Paris, Rousseau, 1938.
- PONT. — *Commentaire traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1880.
- POTHIER. — *Constitution de rentes. Obligations*, édit. Bugnet, Paris, Videcoq, 1845, 1862.
- RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 2^e édit., Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.
— *Traité élémentaire de Droit Civil*, 4^e édit. du traité de Planiol, t. 2, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- Rodolphe ROUSSEAU. — *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, t. 2, 4^e édit., Paris, 1906.
— *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales*, t. 1, Paris, 1921.
- SALEILLES. — *De la personnalité juridique, Histoire et Théorie*, 1^{re} édit., Paris, Rousseau, 1910 ; — 2^e édit., 1922.
- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 1^{re} édit., Paris, 1897 ; — 7^e édit. par Percerou, 1931.
- THALLER, PIC et KRÉHER. — *Des sociétés commerciales*, 3^e édit., Paris, Rousseau, 1948.
- TROPLONG. — *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. 2, « Contrats des sociétés civiles et commerciales », Paris, 1843.
- WAHL. — *Précis théorique et pratique de Droit Commercial*, Paris, Tenin, 1922.

OUVRAGES SPÉCIAUX

- ADOLPH. — *De la liquidation des sociétés*, Paris, Payot, 1927.
- A. DOLBEAU. — *Manuel formulaire à l'usage des liquidateurs amiables*, 2^e édit., Paris, Rousseau, 1925 ; — 3^e édit., 1935.
- J. VALÉRY. — « De la condition des sociétés en liquidation » in *Etudes de Droit Commercial à la mémoire d'Henri Capitant*, 1934, p. 857.

THÈSES

- RIGAL. — *Caractères et pouvoirs du liquidateur d'une société en Droit Français*, Paris, 1875.
- MONTÉGU. — *Essai sur la liquidation des sociétés*, Lyon, 1894.
- BOURQUET. — *Du caractère juridique de la liquidation d'une société commerciale*, Paris, 1900, Rousseau édit.
- ROY. — *Liquidation des sociétés de commerce*, Paris, 1906.
- LABBÉ (Charles). — *Des rapports des actionnaires et commanditaires et créanciers sociaux*, Lille 1909, Ducoulombier édit.

TALANDIER. — *Des liquidations amiables de sociétés. Responsabilité civile et pénale des liquidateurs*, Paris, 1949, dactylographiée.

BENZIMRA. — *Les apports de sociétés à sociétés*, Paris, 1950, dactylographiée.

MARTIN (Jacques). — *La fusion des sociétés par actions*, Paris, 1950, dactylographiée.

LÉGISLATION

LOCRÉ. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, 1832, t. 17.

Observations des tribunaux de cassation et d'appel, des tribunaux et conseils de commerce sur le projet de Code de commerce, Paris.

Travaux de la commission de réforme du Code de commerce et du Droit des sociétés, t. 4, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

ARTICLES

BASTIAN. — « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *Journal des sociétés*, 1937, p. 1 à 65.

BUCHÈRE. — « Situation des créanciers d'une société commerciale en liquidation », *Journal des sociétés*, 1896, p. 241.

GABOLDE. — « Sociétés de fait et prescription quinquennale des actions des créanciers d'une société dissoute », *Jurisclasser périodique*, 1943, édit., C.I., 351.

HOUIN. — « La réforme de la faillite », *Dalloz*, 1956, chronique II.

HOUPIN. — « La situation des actionnaires et des créanciers au cas de fusion des sociétés », *Journal des sociétés*, 1933, p. 449.

WAHL. — « Les parts de fondateur », *Journal des sociétés*, 1897, p. 202.

ARRÊTS ANNOTÉS

Cass. req., 18 août 1840. — S., 1840.I.836, Massé.

Dijon, 17 mars 1862. — D., 1862.II.294, anonyme.

Cass. civ., 6 mars 1872. — D., 1872.I.169.

Cass. req., 7 janvier 1873. — S., 1873.I.433, Labbé.

Cass. civ., 10 mai 1881. — S., 1882.I.17, Lacoïnta.

Cass. civ., 18 avril 1883. — S., 1883.I.441, Labbé.

D., 1883.I.361, Lyon-Caen.

Cass. civ., 28 janvier 1884. — S., 1886.I.465, Lyon-Caen.

Cass. civ., 6 janvier 1885. — D., 1885.I.55, anonyme.

Cass. civ., 2 décembre 1885. — D., 1886.I.357, anonyme.

Cass. civ., 2 février et 10 mai 1887. — S., 1888.I.58, anonyme.

Rouen, 25 juillet 1887. — D., 1890.I.241, anonyme.

Cass. civ., 29 février 1887. — S., 1889.I.417, Chavegrin.

Cass. civ., 19 février 1890. — D., 1890.I.241, anonyme.

Cass. req., 14 mai 1890. — D., 1891.I.241, Boistel.

Cass. req., 24 mai 1892. — S., 1892.I.163, Wahl.

Cass. civ., 6 mars 1893. — D., 1894.I.89, Boistel.

Cass. req., 24 janvier 1894. — S., 1895.I.417, Wahl.

Cass. req., 7 novembre 1899. — D., 1900.I.369, Thaller.

S., 1901.I.513, Wahl.

Cass. req., 18 février 1903. — S., 1904.I.191, anonyme.

Cass. req., 27 décembre 1905. — D., 1908.I.145, Percerou.

Cass. civ., 18 juillet 1906. — D., 1908.I.21, Thaller.

Rouen, 19 juin 1909. — S., 1911.II.65, Wahl.

Cass. civ., 15 septembre 1910. — D., 1912.I.97, Percerou.

Cass. req., 24 octobre 1910. — S., 1912.I.193, Naquet.

Cass. civ., de Rome, 7 mars 1911. — S., 1911.IV.9, Wahl.

Paris, 23 janvier 1912. — D., 1913.II.217, Palmade.

S., 1912.II.297, Wahl.

BIBLIOGRAPHIE ETRANGERE

ALLEMAGNE

- BEHREND. — *Lehrbuch des handelsrechts*.
- HANS BRODMANN. — *Das gesetz betreffend die gesellschaften mit beschränkter haftung*, 2^e édit., Berlin, 1929.
- R. DUROUDIER et R. KUHLEWEIN. — *La loi allemande sur les sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1954.
- H. E. FEINE. — *Die gesellschaft mit beschränkter haftung*, vol. 3, du « Handbuch des gesamten handelsrechts de V. Ehrenberg », Leipzig, 1929.
- FRANCKEN. — *Die liquidation der offenen handels gesellschaft in geschichtlicher entwicklung*, Stuttgart, 1890.
- A. LEHNARDT. — *Quelques points de comparaison entre le régime français et le régime allemand des S.A.R.L.*, Paris, Sirey, 1955.
- Df. F. SCHOLZ. — *Kommentar zum G.M.B.H.*, 2^e édit., Cologne, 1950.
- Ed. SIQUET. — *Der liquidation der offenen handelsgesellschaft*, thèse Strasbourg, 1896.
- Karl WIELAND. — *Handelsrecht*, Berlin, 1921.
- Code de commerce de 1897.*
- Texte de la loi du 30 janvier 1937 sur les sociétés par actions*, par P. Baudouin-Bugnet, Paris, 1939.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* : Collection officielle des décisions du Reichgericht en matière civile.

ARGENTINE

- R.L. FERNANDEZ. — *Codigo de comercio de la Republica Argentina comentado*, Buenos Ayres, 1943.
- HALPERIN. — « La personalidad juridica de las sociedades civiles y comerciales », in *Revista critica de Jurisprudencia*, p. 216, Buenos Ayres, 1934.
- M.A. RIVAROLA. — *Tratado de derecho comercio argentino*, t. 2, Buenos Ayres, 1938.
- SEGOVIA. — *Explicacion y critica del Codigo Comercio*, t. I, Buenos Ayres, 1892.
- J.B. SIBURU. — *Comentario al Codigo de Comercio Argentino*, t. 5, Buenos Ayres, 1905.
- SOLA-CANIZARES. — *Les sociétés commerciales en Argentine*, Paris, Sirey, 1949.
- Code de Commerce de 1889.*
- Revista critica de Jurisprudencia.*

BELGIQUE

- L. FREDERICQ. — *Traité de Droit Commercial Belge*, t. 5, Gand, édit. Féchey, 1950.
- J.M. MARX. — *Manuel du liquidateur de sociétés commerciales*, Paris et Bruxelles (édit. Larcier), 1935.

Textes des lois coordonnées du 18 mai 1873 et du 30 octobre 1935.
Jurisprudence commerciale des Flandres.
Pasicrisie.
Pasinomie.
Recueil de Jurisprudence du Port d'Anvers.
Recueil juridique du Congo Belge.
Revue notariale.
Revue pratique des sociétés.

CHINE

WEIN TENG LIN et J. ESCARRA. — *Loi révisée sur les sociétés* promulguée par le Gouvernement National le 12 avril 1946. Office d'information du Gouvernement Chinois (Révision de la loi sur les sociétés du 26 déc. 1929 et de la Législation Impériale des Ts'ing, 1903), chap. 3 et 6.

ESPAGNE

Joaquín GARRIGUES. — *Tratado de derecho mercantil*, t. 1, vol. 3, Madrid, 1949.
Code de commerce de 1885.

ETATS-UNIS

LÉPARGNEUR. — *Les sociétés commerciales aux U.S.A.*, Paris, 1951, Dalloz.

GRANDE-BRETAGNE

Aloysius DE MELLO. — Thèse Paris, 1932 : *La liquidation des sociétés en Droit Anglais.*
 Sir FRANCIS BEAUFORT PALMER. — *Company law*, 19^e édit., Londres, 1949.
 W.A. GREENE. — *Rapport du 8 mai 1926*, His Majesty Stationary Office, Londres, 1926.
 GRIFFITHS et TAYLOR. — *The principles of Company Law*, 5^e édit., Londres, Text Books Limited, 122 London Wall, E. C.2. 1950.
Cambridge Law Journal.
Law Quarterly Review.
Times Law Reports : King's Bench.
 Queen's Bench.
 Chancery Division.
Weekly Notes.

ITALIE

Tullio ASCARELLI. — *Studi in tema di società*, Milan, édit., C. Guiffre, 1952.
 Ferri GIUSEPPE. — *Manuale di diritto commerciale*, Roma, 1950.
 MANCINI. — *Relazione al Senato.*
 MANFREDI. — *Società anonima cooperativa.*
 Vittorio SALLANDRA. — *Manuale di diritto commerciale*, 3^e édit., Bologne, C. Zuffi, 1949.
 C. VIVANTE. — *Trattato di diritto commerciale*, 1^{re} édit., Turin, 1893 à 1902, Traduit sur la 3^e édition par J. Escarra, Paris, 1911, t. 2.
Code de commerce de 1882 et Code civil de 1942.
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.

JAPON

Dr. LOHENHOLM. — *Japanese Commercial Law.*
 Sozô KOMACHIYA (Professeur à l'Université de Tohokou Sendai, Nihon Gakoushiin). — *Code de Commerce Japonais révisé en 1951*, Paris 1954.
 (Code de commerce promulgué en 1870, 23^e année de Meiji ; révisé par la loi

n° 73 de 1911, 44^e année de Meiji ; modifié en 1950 par la loi n° 167, 25^e année de Shōwa).

LUXEMBOURG

Voir Belgique : L. FREDERICQ, *Traité de Droit Commercial Belge*.
Texte de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

PAYS-BAS

MOLENGRAAF. — *Leidraad bij de beoefening van het nederlansch handelsrecht*, 7^e édit., Amsterdam, 1942.

SUÈDE

« Loi sur les sociétés anonymes du 14 septembre 1944 », *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1949, p. 41.

SUISSE

Théo GUHL. — *Das neue Burgschaftsrecht der Schweiz*, Zurich, édit. polygraphiques, 1942, 3^e édit. — Traduit sur la 3^e édit. par R. Desgouttes : « Le Droit fédéral des obligations », édit. polygraphiques, Zurich, 1947.

Code fédéral des obligations, rédaction du 18 décembre 1936.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Ausgabe.

Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel, Lausanne.

Journal des Tribunaux, Lausanne.

La Semaine Judiciaire, Genève.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CONDITION JURIDIQUE D'UNE SOCIÉTÉ DISSOUTE

TITRE I

DE LA RECONNAISSANCE D'UNE PERSONNALITÉ MORALE AUX SOCIÉTÉS DISSOUTES

CHAPITRE PREMIER. — Nécessité d'un maintien de la personnalité morale. Elaboration du principe de survie (n ^{os} 1 à 12).....	9
<i>Section I. — De la nécessité d'un maintien de la personnalité morale</i> (n ^{os} 1 à 6).....	9
<i>Section II. — Elaboration du principe de survie</i> (n ^{os} 7 à 12).....	13
§ 1. — Le Droit romain et l'Ancien droit.....	14
§ 2. — L'élaboration du principe au cours du XIX ^e siècle.....	15
CHAPITRE II. — Justification de ce principe. Nature juridique de la survie (n ^{os} 13 à 31).....	19
<i>Section I. — Les grands courants de la Doctrine</i> (n ^{os} 14 à 23).....	19
§ 1. — Une explication abandonnée, celle de la société de liquidation.....	19
§ 2. — La théorie de la Fiction.....	23
§ 3. — Une autre théorie, celle de la réalité de la survie.....	27
<i>Section II. — La position de la Jurisprudence</i> (n ^{os} 24 à 31).....	31
§ 1. — Les grands courants de la Jurisprudence.....	32
§ 2. — Recherche d'une jurisprudence dominante.....	34
CHAPITRE III. — Domaine d'application du principe de survie (n ^{os} 32 à 44).....	37
<i>Section I. — Sociétés civiles et commerciales. Sociétés de fait</i> (n ^{os} 32 à 37)....	37
§ 1. — Sociétés civiles et commerciales.....	37
§ 2. — Les sociétés de fait.....	38
<i>Section II. — Le principe de survie dans les droits positifs étrangers</i> (n ^{os} 38 à 44)	40
§ 1. — Les systèmes juridiques du groupe latin	40
§ 2. — Les systèmes juridiques du groupe germanique	41
§ 3. — Les Droits américains et anglais.....	42

TITRE II

ÉTENDUE ET CONDITIONS D'EXISTENCE
DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS DISSOUTES

CHAPITRE PREMIER. — Etendue de la personnalité morale des sociétés dissoutes (n ^{os} 46 à 67).....	47
<i>Section I. — Influence du caractère restreint de la survie sur l'exécution des obligations nées avant la dissolution</i> (n ^{os} 46 à 55).....	47
§ 1. — De la possibilité pour la société de refuser d'exécuter les contrats en cours.....	47
§ 2. — De la faculté pour les créanciers sociaux de se prévaloir de l'état de liquidation pour rompre les rapports juridiques antérieurement établis.....	51
§ 3. — Du droit de la société de transférer ses contrats en cours à une autre entreprise.....	54
<i>Section II. — Des obligations contractées par la société après sa dissolution</i> (n ^{os} 56 à 67).....	57
§ 1. — De l'existence de la société en tant que personne juridique à l'égard de ces nouvelles obligations.....	57
§ 2. — De la situation respective des créanciers sociaux antérieurs et postérieurs à la dissolution.....	61
CHAPITRE II. — Des conditions d'application du principe de survie (n ^{os} 68 à 75).....	67
<i>Section I. — Importance de la question. Examen de la Jurisprudence</i> (n ^{os} 69 à 70).....	67
<i>Section II. — La théorie de M. Bastian</i> (n ^o 71).....	69
<i>Section III. — Discussion de cette théorie. Etude d'une nouvelle construction</i> (n ^{os} 72 à 75).....	70
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE (n ^o 76).....	73

DEUXIÈME PARTIE

**DU RECOURS DES CRÉANCIERS SOCIAUX
CONTRE LA SOCIÉTÉ** (n^o 77)

TITRE I

RÈGLES GÉNÉRALES DE PROCÉDURE. ÉTUDE DE LA SITUATION
DE CERTAINS CRÉANCIERS SPÉCIAUX

CHAPITRE PREMIER. — Règles générales de procédure (n ^{os} 78 à 82).....	79
<i>Section I. — Du défendeur</i> (n ^o 79).....	79
<i>Section II. — De la compétence</i> (n ^{os} 80 et 81).....	80
<i>Section III. — Des preuves</i> (n ^o 82).....	82
CHAPITRE II. — De la situation de certains créanciers spéciaux, créanciers à terme, obligataires et porteurs de parts de fondateur (n ^{os} 83 à 102).....	83
<i>Section I. — Des créanciers à terme et des obligataires</i> (n ^{os} 84 à 100).....	83
§ 1. — Examen de la Jurisprudence (n ^{os} 86 et 87).....	84
§ 2. — Discussion de la solution jurisprudentielle (n ^{os} 88 à 90).....	85
§ 3. — Des effets de la disparition du terme sur les rapports des obligataires avec les garants de la société, cautions et codébiteurs solidaires (n ^{os} 91 à 93).....	90
§ 4. — Du montant du remboursement des obligations (n ^{os} 94 à 96)....	91

§ 5. — Du droit des obligataires de refuser de libérer leurs titres (n ^{os} 97 à 100)	97
Section II. — Des porteurs de parts de fondateur (n ^{os} 101 et 102)	99

TITRE II

DES MOYENS DE DÉFENSE DES CRÉANCIERS SOCIAUX
CONTRE LES DÉTOURNEMENTS DE LEUR GAGE (n^o 103)

CHAPITRE PREMIER. — De l'intervention des créanciers sociaux dans la nomination et la révocation du liquidateur (n ^{os} 104 à 110)	102
Section I. — <i>De l'intervention des créanciers sociaux dans la nomination du liquidateur</i> (n ^{os} 105 à 107)	102
Section II. — <i>De la surveillance de la gestion du liquidateur et de sa révocation par les créanciers sociaux</i> (n ^{os} 108 à 110)	106
CHAPITRE II. — De la critique par les créanciers sociaux des aliénations du patrimoine social. Etude de la transmission du passif concomitante à ces aliénations (n ^{os} 111 à 123)	108
Section I. — <i>De la critique par les créanciers sociaux des aliénations du patrimoine social</i> (n ^{os} 112 à 114)	108
Section II. — <i>Etude de la transmission du passif concomitante à ces aliénations</i> (n ^{os} 115 à 123)	111
§ 1. — <i>De la transmission d'un actif quelconque</i> (n ^{os} 116 à 119)	111
§ 2. — <i>De la transmission d'un fonds de commerce</i> (n ^{os} 120 à 123)	116
CHAPITRE III. — De la faillite de la société dissoute (n ^{os} 124 à 141)	119
Section I. — <i>Des conditions d'ouverture de la faillite de la société dissoute</i> (n ^{os} 125 à 132)	120
§ 1. — <i>Du principe de la mise en faillite de la société dissoute</i> (n ^{os} 126 à 127)	120
§ 2. — <i>Etude de quelques difficultés particulières à la date de la cessation des paiements et à la période pendant laquelle une société dissoute peut être mise en faillite</i> (n ^{os} 125 à 132)	122
Section II. — <i>Les effets de la faillite sur les rapports entre les créanciers sociaux et la société dissoute</i> (n ^{os} 133 à 135)	128
Section III. — <i>De la liquidation prévue par le décret-loi du 14 juin 1938 pour les sociétés d'assurances et de capitalisation</i> (n ^{os} 136 à 138)	130
Section IV. — <i>Faillite et liquidation amiable en Droit anglais</i> (n ^{os} 139 à 141)	132

TITRE III

DE L'EXTINCTION DU RECOURS DES CRÉANCIERS SOCIAUX
CONTRE LA SOCIÉTÉ (n^o 142)

CHAPITRE PREMIER. — Du règlement des créanciers sociaux (n ^{os} 143 à 148)	136
Section I. — <i>Du règlement des créanciers sociaux dans le Droit positif français</i> (n ^{os} 144 et 145)	136
Section II. — <i>Du règlement des créanciers sociaux en Droit comparé</i> (n ^{os} 146 à 148)	138
CHAPITRE II. — De l'effet du partage de l'actif social sur l'extinction du recours des créanciers sociaux contre la société. Problème de la durée de la fiction de survie (n ^{os} 149 à 159)	140
Section I. — <i>Exposé du Droit positif français. Recherche d'une solution</i> (n ^{os} 150 à 156)	140
§ 1. — <i>Exposé de la Jurisprudence</i> (n ^{os} 151 et 152)	141
§ 2. — <i>Recherche d'une solution</i> (n ^{os} 153 à 156)	142

<i>Section II. — De l'extinction du recours des créanciers sociaux en Droit comparé</i> (n ^{os} 157 à 159).....	145
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE (n ^{os} 160).....	148

TROISIÈME PARTIE

DU RECOURS DES CRÉANCIERS SOCIAUX EN DEHORS DE LA SOCIÉTÉ

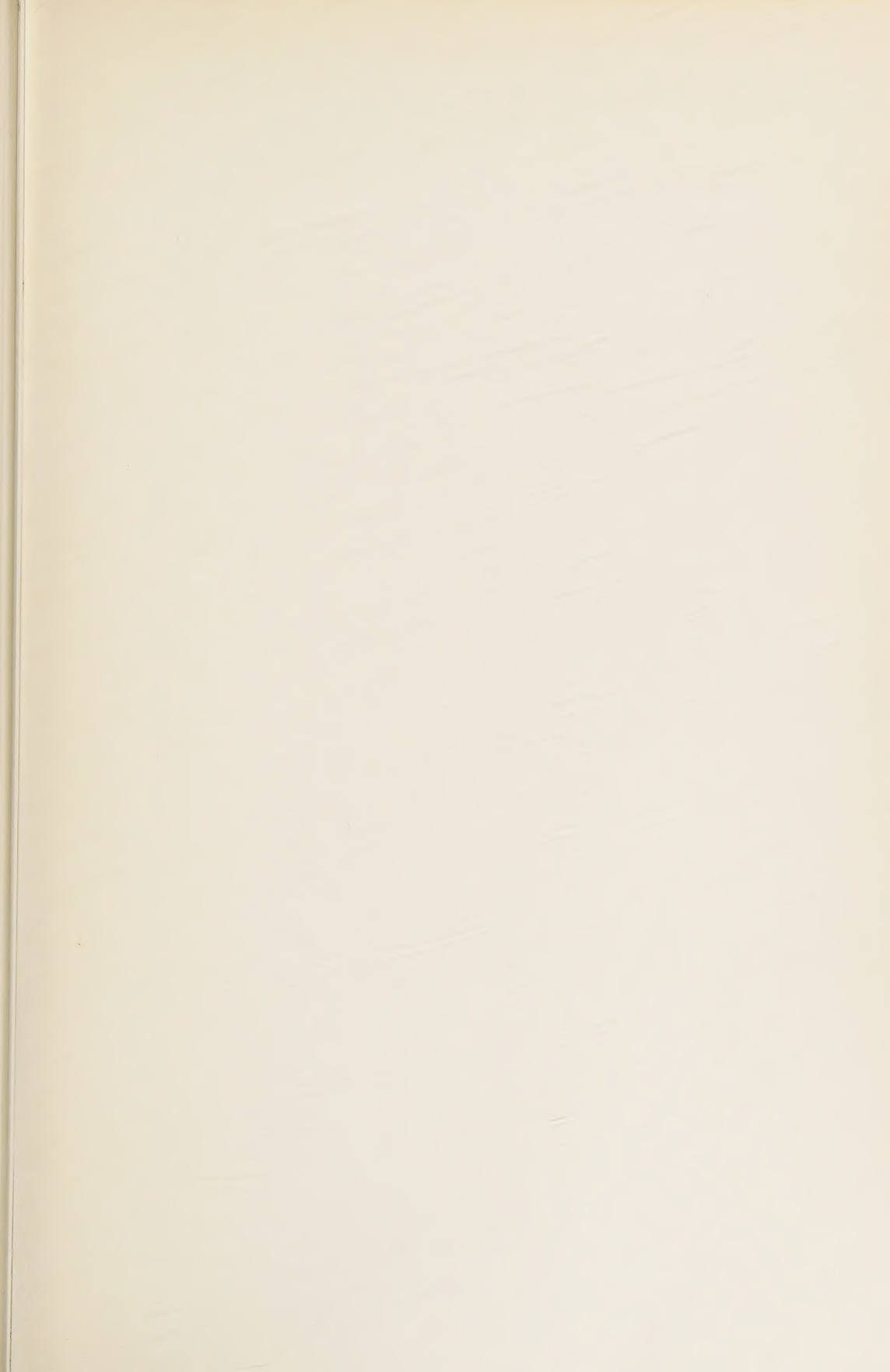
TITRE I

DU RECOURS DES CRÉANCIERS SOCIAUX CONTRE LES ASSOCIÉS (n^{os} 162)

CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'existence du recours des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 163 à 178).....	154
<i>Section I. — De l'existence d'une action directe des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 164 à 166).....	154
<i>Section II. — Des caractères particuliers de cette action</i> (n ^{os} 167 à 172).....	158
§ 1. — Du caractère direct de cette action (n ^{os} 168 à 170).....	158
§ 2. — De la ressemblance de cette action directe avec l'action oblique de l'article 1166 du Code civil (n ^{os} 171 et 172).....	161
<i>Section III. — De la date à laquelle cette action peut être exercée</i> (n ^{os} 173 et 174)	163
<i>Section IV. — Du cas particulier de la société dissoute par la réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé</i> (n ^{os} 175 à 177).....	165
<i>Section V. — L'action directe dans les Législations étrangères</i> (n ^o 178).....	167
CHAPITRE II. — <i>Du montant et de la protection du recours des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 179 à 188).....	169
<i>Section I. — Du montant du recours des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 180 à 185).....	169
§ 1. — De la solidarité entre les associés (n ^{os} 181 à 183).....	169
§ 2. — De l'étendue de la responsabilité des associés (n ^{os} 184 et 185)	172
<i>Section II. — De la protection du recours des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 186 à 188).....	173
CHAPITRE III. — <i>De la prescription du recours des créanciers sociaux contre les associés</i> (n ^{os} 189 à 209).....	175
<i>Section I. — Domaine d'application de l'article 46 du Code de commerce</i> (n ^{os} 190 à 194).....	175
§ 1. — Des sociétés soumises à la prescription édictée par ce texte (n ^{os} 191 à 193).....	175
§ 2. — Des actions visées par l'article 46 (n ^o 194).....	178
<i>Section II. — Des conditions d'application de l'article 46 du Code de commerce</i> (n ^{os} 195 à 199).....	179
§ 1. — De la situation de l'associé liquidateur (n ^o 196).....	180
§ 2. — Du cas particulier de la société dissoute et faillie (n ^{os} 197 à 199). ..	181
<i>Section III. — Du point de départ de la prescription de l'article 46 du Code de commerce</i> (n ^{os} 200 à 203).....	184
<i>Section IV. — Interruption et suspension de la prescription de l'article 46 du Code de commerce</i> (n ^{os} 203 à 209).....	188
§ 1. — De l'interruption (n ^{os} 204 à 206)	188
§ 2. — De la suspension (n ^{os} 207 à 209)	190

TITRE II
DU RECOURS DES CRÉANCIERS SOCIAUX
CONTRE LE LIQUIDATEUR (n° 210)

CHAPITRE PREMIER. — Du principe selon lequel le liquidateur n'est pas tenu des obligations qu'il contracte au nom de la société (n° 211 à 219)	195
<i>Section I. — De la condition du liquidateur d'une société de personnes (n° 212 à 214)</i>	195
<i>Section II. — Du commanditaire liquidateur (n° 215 à 218)</i>	198
<i>Section III. — Situation du liquidateur lorsqu'il est indéfiniment tenu (n° 219)</i>	201
CHAPITRE II. — De la responsabilité du liquidateur envers les créanciers sociaux (n° 220 à 240)	202
<i>Section I. — Du recours des créanciers sociaux par la voie oblique (n° 222 à 226)</i>	203
<i>Section II. — Du recours des créanciers sociaux par la voie directe (n° 227 à 230)</i>	207
<i>Section III. — De l'exercice du recours des créanciers sociaux (n° 231 à 233)</i>	211
<i>Section IV. — De la responsabilité du liquidateur dans les Droits positifs étrangers (n° 234 à 240)</i>	214
§ 1. — Le Droit positif belge (n° 235 à 236)	214
§ 2. — Le Droit positif anglais (n° 237 et 238)	215
§ 3. — Le Droit positif allemand (n° 239 et 240)	218
CONCLUSION (n° 241)	221



COLLECTION HERMES

dirigée par J. HÉMARD

*Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris*

- 1. Jean LACOMBE. - Les réserves dans les sociétés par actions.**
- 2. Michel MEYSSAN. - Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes (étude de droit comparé).**
- 3. Frédéric LE NEPVOU de CARFORT. - La prorogation des sociétés commerciales (ordonnance du 7 janvier 1959).**
- 4. François KRAEMER. - Les droits des créanciers d'une société dissoute.**